

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارنًا بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عوده

سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عودة

الجزء الأول

دار الكاتب العربي
بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهذاه بعد ضلال ، وفقهه بعد غفلة ،
والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً
وهادياً ومعلماً ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة .

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين
الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين
الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية ، والنظريات العالمية والاجتماعية
التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو
أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة
الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان .

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رَبِّ أَشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي ، وَأَحْلِلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا

قَوْلِي ۝

تقديم وتوجيه

١ - موضوع البحث : هذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية وعلى الأخص القانون المصرى ، تقوم على بحث المبادئ والنظريات العامة فى الشريعة والقوانين ، وبيان وجوه الخلاف والوافق بينهما - وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائى ، وأرجو أن يعيننى الله حتى أتمه ، وأن يوفقنى بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدنى .

٢ - محتويات الجزء الأول : وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائى العام ، وسيكون الجزء الثانى شاملا للقسم الجنائى الخاص .

٣ - مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى : وسيرى القارئ أنى حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادئ والنظريات فى كل موضوع جل أو هان ، وقد أردت من هذا أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة فى كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية ، كما أردت أن أقطع الطريق على من فى قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض فى هذا الموضوع وترك ذاك .

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، لن أتبع القانون فى أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة ، ولن أقارن بين القانون فى القرن السابع الميلادى وبين الشريعة التى أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم فى أول هذا القرن ؛ فإن القانون فى هذه العهود لم يكن فى مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولكنى أقارن حين أقارن بين القانون فى عصرنا الحاضر وبين الشريعة ، وحين أفعال هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو السكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، وبين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرنا لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل ، شريعة تأبى طبيعتها التغير والتبديل ؛ لأنها من

عند الله ، ولا تبديل لكلمات الله ؛ ولأى من صنع الله الذى أتقن كل شئ ، خلقه فليس ما يخلقه فى حاجة إلى إتقان من بعد خلقه .

فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات فى القانون ، وبين أقدمها فى الشريعة ، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل ، وبين القديم المستعصى على التغيير والتبديل ، وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خير من الحديث المتغير ، وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من المبادئ والنظريات لاتزال فى مستوى أدنى من مستوى الشريعة .

وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول ، فإن الحق فى هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ، ويقدر ، ويقارن ، ويوازن ، ويميز الخبيث من الطيب .

إن الحديث قد يكون خيراً من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديماً بما يصنعه الناس اليوم ، ولكن الحديث لن يتهاى له أن يصل إلى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس .

لقد صنع الله موسى وعيسى ومحمداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن . فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والأرض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه .

وإذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق فى مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هذه العقول لا تستسيغ بأى حال أن تضع ما يصنعه المخلوق فى مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين . ولا شك أن العقول التى تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين

الشريعة الإسلامية وهي من صنع الله ، وبين القوانين الوضعية وهي من صنع البشر فإذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما ، فأولى بأصحابها أن لا يعجبوا مما يقول وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس ، وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائيات ؟

٤ - المذاهب الشرعية المتعارضة بها : وسيرى القارىء أنى لم أعتمد فى المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين ، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهي المذهب المالكي ، والمذهب الحنفي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب فى كل موضوع طرقت ، واجتهدت أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف ، ليكون القارىء ملماً باتجاه كل مذهب وسنده .

٥ - عزلة الوقت صاع على المذاهب الأربعة : وكان بودى أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفى ووسائلى ووقتى قصرت بى عن بلوغ ما أريد ، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله فى الريف دائماً حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسى فى اقتناء الكثير الذى لا أجده ، وقنعت باستعارة القليل الذى أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلى فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون .

وكان الوقت أعظم مشاكلي ، فعلى الرسمى يأخذ منى كل أوقات فراغى تقريباً ولولا أنى خصصت أوقات راحتي اليومية ، وأيام عطلاتى السنوية للدراسة والاطلاع ، لما تغلبت على هذه المشكلة .

وقد كان هذا كله سبباً فى أن أقصر دراستى على هذه المذاهب الأربعة وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة ، ولعلى أتدارك ما فاتنى فى طبة مقبلة إن شاء الله .

٦ - لغة البحث : ولم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة لأنني دون شك أعجز من أن أجاريهم في أسلوبهم الدقيق العميق ولأن القارئ العادي يعجز عن فهم هذا الأسلوب ، وفضأت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن مكتفياً بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها في اصطلاحنا القانوني ، ولكنني لم أهمل الإشارة إلى المراجع التي استندت إليها أو أخذت عنها .

وقد دفعني لسلك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارئ ما أكتب دون حاجة إلى تعمق في الفهم أو كدّ للذهن ، ولعل بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها ، بل لعل أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابي هذا ، فما لاشك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة ، ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها ، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية ، وهذه صفات لا تتوفر غالباً فيمن درسوا دراسة مدنية . على أني مهما حاولت أن ألزم أساليبنا القانونية ، فإنني أعلم أني عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية ، ولعل مصاحبتي الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها في لغتي وأسلوبني وهو أثر أرجو أن يفيد القارئ وأن يقربّه مرحلة من فهم كتب الشريعة .

٧ - الفقهاء والشرائح : وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة ، وأن أخصص لفظ الشرايح لعلماء القانون ، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللفظين غير مميز على القارئ لم يشتبه عليه الأمر . وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله ، ففي الشريعة يسمون العالم في الغالب فقيهاً ، وفي القوانين يسمون العالم في الغالب شارحاً ، والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساساً للاسم الذي غلب عليه ، فالعالم في الشريعة يشرح

النصوص وهي قليلة ، ويستنبط القواعد والمبادئ والنظريات التي تترتب على هذه النصوص ويرتب على أساسها الأحكام ، فأكثر عمله فقه وأقله شرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه . والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من السكثرة ، وهو يشرحها طبقاً للقواعد والمبادئ التي جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة ، إلا أن استنباط المبادئ والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله ، لأن ورود النصوص في كل ما يتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه إلى الشرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح

٨ - لماذا برأت بالقسم الجنائي : ولقد بدأت بالقسم الجنائي لأنه القسم

المنبوذ المظلوم في الشريعة . فنحن معشر القانونيين لا ندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية ، وما عدا ذلك فهو مهمل إهمالاً يكاد يكون تاماً وبخاصة القسمين المدني والجنائي . وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لا بد منها وهي أننا نجعل أحكام هذين القسمين جهلاً فاضحاً . ولكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية .

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية ، لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضيع أخذت عن الشريعة الإسلامية ، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطى فكرة لا بأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدرى باشا سميل بكتابه « مرشد الخيران » المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب أبي حنيفة وبين القوانين الوضعية ، حيث نظم أحكام المذهب الحنفي في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري ، فمكن رحمه الله بعمله هذا لكل من يطلع

على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون ، وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف ، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب إلى نتائج صحيحة ما دام المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى .

أما القسم الجنائي فهو في عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم ، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية . وهي عقيدة خاطئة مضللة . وإذا حاول أى شخص منصف أن يعرف الأساس الذى قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل ، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجعل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجاملة ومفصلة .

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلم بها من أولى العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع ، وإنكار الحقائق ، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة . ومن أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ وكل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الإسلامية تنادى بخطأ هذه العقيدة وبعدها من الصواب . وقد رأيت من الواجب على ، بعد أن تبين لى ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمة ، وأن أبدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذى نبذناه دون حق ، وجهاناه دون عذر ؛ لأعرف الناس بهذا القسم على حقيقته ، ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما في المسائل الجنائية عامة ، وأن القسم الجنائي في الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالى وفي المستقبل كما كان صالحا كل الصلاحية في الماضى .

٩ — كيف دفعت لدراسة الشريعة ؟ : وأعترف للقارئ أننى لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا فى سنة ١٩٤٤ م وأننى لم أكن قبل ذلك مشغولاً بقراءة كتب الفقه ، ولكنى كنت مشغولاً بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام . وكتب التاريخ الإسلامى لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ، ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع ، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع ، وهذه الآثار تثير فى الرجل الفنى روح المقارنة والمفاضلة وقد أدهشنى أنى لم أجد قضاء أو حكماً أو تشريعاً إسلامياً إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التى قيل لنا فى المدارس : إنها من ابتداع القوانين الوضعية ، وإن العالم لم يعرفها إلا فى القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية ، فحملنى هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائى فى الشريعة دراسة منظمة ، وقد خرجت من دراستى بأن العيب الوحيد فى هذا القسم هو أن الناس يجهلون كل الجمل ، وأنه فيما عدا ذلك خير من أى قانون وضعى على وجه الأرض ، بل هو المثل الأعلى الذى يجب أن يأخذ به ويحتذى كل مشرع وضعى فى أى بلد غير إسلامى .

١٠ — ماهى الكتب الشرعية التى تهزب : ولقد أتعبتنى دراسة القسم الجنائى حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئاً يذكر من علم الأصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تبعاً أنى لم أعود قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مقهورة ، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها فى الحال ، بل عليه أن يقرأ باباً وأبواباً حتى يعثر على ما يريد خصوصاً إذا لم يكن له من يرشده ، وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة فى مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه . ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد فى الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل فى باب معين فى هذا المذهب

قد لا يدخله المذهب الآخر في نفس الباب . ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة وهم في كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته خصوصاً في الكتب المختصرة والمتون .

ولاشك أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأنني كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب ؛ ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لي فهم مختلف النظريات وفهم الأسس التي بنى عليها كل فقيه نظريته ، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية . وأعترف أنني عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم ، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطؤها في القراءة الثانية ، ومن ثم فقد قرأتها مئتي وثلاث ورباع ، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ . ولقد حملني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أنني كنت أدرس المذاهب الأربعة وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين في كل مذهب ، وساعد على هذا أنني لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة ، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعا منها . على أنني مع هذا لا أعتقد أنني سلمت من الوقوع في الخطأ ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده في تجنب الخطأ ، وإنني لأرجو من يعثر على خطأ أن يبصرني به مشكورا لأتجنبه في المستقبل .

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة ، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت إليها ، واكتشفت الأخطاء المضحكة للبكية التي وقعنا فيها ، شعرت بأن عليّ واجبا عاجل الأداء نحو الشريعة ، ونحو زملائي من رجال القانون ، ونحو كل من درسوا دراسة مدنية ، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة في المسائل الجنائية في لغة يفهمونها وبطريقة يألّفونها ، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة ، وأن أنشر على الناس الحقائق التي حجبتها الجهل عنا زمنا طويلا .

١١ - طريقة التأليف : وسيرى القارىء أنى نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون ، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم ، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألفهم فيقدموا على قراءته متشوقين ، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدون فى الحل الذى ألفوا أن يجدوه فيه .

وقد شجعتنى على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها ، فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة ، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور فى التأليف والترتيب ، وقد اقتضانى هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لأستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمها بعد جمعها على الوجه الذى سيراه القراء .

١٢ - كيف وصفت الشريعة بعمرى : وقد تبين لى — كما سيتبين للقارىء — من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لاتصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور .

وفوق هذا فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشريعة . وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقاً ، ومن جهل شيئاً لا يصلح للحكم عليه .

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة فى عدم

صلاحية الشريعة على قياس خاطيء وليس على دراسة منظمة ، ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي ، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في القوانين القديمة ، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر ، وهو اعتقاد كله حق ، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطأ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون : ما دامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر فكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى ، والتي ظل الكثير من أحكامها معمولاً به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفي هذا القياس الباطل خطأهم الجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير .

١٣ — وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون : ووجه الخطأ في هذا القياس أنهم سوا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر ، فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسما والناس برب الناس ، فكيف يستوى في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟ وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سوا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نبين مدى هذا الخلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره .

١٤ — قياس بين مختلفين : وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتتميز عنها بمميزات جوهرية فقد امتنع القياس ؛ لأن القاعدة أن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا .

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية ، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين فيكون قياسهم باطلا ، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا ، لأنه بنى على قياس باطل ، وما قام على الباطل فهو باطل .

وسنستعرض فيما يلى نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما ، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما ، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية ، وتتميز عنه بصفات جوهرية .

١٥ — نشأة القانون : ينشأ القانون الوضعى فى الجماعة التى ينظمها ويحكمها

ضئلا محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة فى تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعى كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا ، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع فى التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التى يحكمها وأخذت بخط من الرقى والسمو ، ويبطئ فى تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هى التى تخلق القانون الوضعى وتصنعه على الوجه الذى يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها ويقدمه مرتبط بتقدمها . وعلماء القانون الوضعى حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكون الأسرة والقبيلة ، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر ، وتقاليدها من القبائل لم تكن مماثلة لتقاليدها من القبائل . وإن الدولة حين بدأت تتكون وجدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين فى نطاق الدولة . ولكن

قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية ، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطوراً عظيماً ، وأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة . وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم ، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل .

هذه هي خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين .

١٦ - نشأة الشريعة : وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ، فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسرف في هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم في فترة قصيرة لا تتجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فزرة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ [سورة المائدة : ٣] ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون

دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهي شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هي الشريعة العالية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيّلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجودوها . وقد جاءت الشريعة كاملة لانقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة ، شاملة لأموال الأفراد والجماعات والدول ، فهي تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد ، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة ، كما تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في الحرب والسلام .

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وإنما هي شريعة كل وقت ، وشريعة كل عصر ، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا يبلى جدتها ، ولا يقتضى تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية ، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولولم يكن في الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتبديل .

وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول ﴿ لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ ﴾ [يونس: ٦٤] وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان . أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزلها بأحدث النظريات التي وصل إليها

أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن تتحقق من المبادئ موجود في الشريعة من يوم نزولها .

١٧ - لا مماثلة بين الشريعة والقانون : ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق : إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه ، ولا يصح أن تقاس به ، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به ، وعلى الوصف الذي أسلفنا ، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين ويستطيع القارئ من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون ، وللقارئ أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه المميزات إذا شاء ، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن في الكلام عليها ما يغني عن الكلام على غيرها .

١٨ - الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون : تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافاً أساسياً من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن القانون من صنع البشر ، أما الشريعة فن عند الله ، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو مانسيه التطور كما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة (٢ التشريع الجنائي الإسلامي)

أو وجدت حالات لم تكن منتظرة . فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال ، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإمام بما كان .

أما الشريعة : فصانعه هو الله ، وتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن ؛ ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال : ﴿ لا تبدل لكلمات الله ﴾ [يونس : ٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان .

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله ، ولست أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوفر فيها الصفات التي ذكرتها ، وعلى أن أقيم لهم الدليل على توافرها وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توفر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها ، وأن يبحثوا عن صانعه ، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة ، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول .

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوفر الصفات التي ذكرناها في الشريعة ولو لم يقدم لهم الدليل المادى على ذلك ، لأن منطقهم يقضى عليهم أن يؤمنوا بتوفر هذه الصفات ، فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض ، وسير الشمس والقمر والنجوم ، وسخر الجبال والرياح والماء ، وأنبت النبات ، وصور الأجنة في بطون أمهاتها ، وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاماً دائماً لا يخرج عليه ، ولا يحتاج لتغيير ولا تبدل ولا تطور . من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها ، وأن هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال

حالا يستطيع أن يتصوره الإنسان . من كان يؤمن بهذا كله وبأن الله أتقن كل شيء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حداً يعجز عن تصويره الإنسان .

ومن كان يؤمن بهذا كله ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه فلينتظر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل في موضعه ، بل لعله يرى في كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله .

الوجه الثاني : أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها . فهي قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هي في مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غداً ، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغير كلما تغيرت حال الجماعة . أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة ، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعد دائمة ولا تقبل التغير والتبديل . وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية :

أولاً — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تنسج لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان ، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانياً — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه في الشريعة . بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية . فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرونة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو .

ولقد جسر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرناً تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة ، وتطورت الأفكار والآراء تطوراً كبيراً ، واستحدثت من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال إنسان ، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم وبين القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة ، وبالرغم من هذا كله ، ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات ، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم ، وأقرب إلى طبائعهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية ، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص ، وخذ مثلاً قول الله تعالى ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [سورة الشورى : ٣٨] أو أقرأ قول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة ، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو وحده الأقصى الذي لا يتصور أن يصل إليه البشر في يوم من الأيام ، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار ، وهيمات أن يتحقق ذلك بين الناس .

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو ، ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نستعرضه ، فنصوص الشريعة كلها تصاح أمثلة على ما نقول ؛ ويكفي أن نسوق للقارئ مثلاً آخر قوله تعالى : ﴿ أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة

وجادلهم بالتي هي أحسن ﴿ [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص يدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة ، أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ، ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقاً لأصحاب الدعاوات يسلكونها في نشر دعاواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن .

ويستطيع القارىء أن يقرأ قوله تعالى : ﴿ ولا تزرزروا زرر أخرى ﴾ [فاطر : ١٨] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ﴾ [النحل : ٩٠] وقوله : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [سورة النساء : ٥٨] وقوله : ﴿ ولا تجز منكم شأن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ [الأنعام : ٨] وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] يستطيع القارىء أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ، وليرى أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد ، أو خيالاً لم تخيل .

الوجه الثالث : — أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها — والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة ، ولا يوضع لتوجيه الجماعة ، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها ، وكان القانون من صنع الجماعة ، ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل في القرن الحالى ، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى ، حيث بدأت الدول التي تدعو لدعاوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة ، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة ، وقد كان أسبق الدول

إلى الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية ، وتركيا الكمالية ، ثم تلتها إيطاليا الفاشيستي وألمانيا النازية ، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة ، فأصبح الغرض اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها في صالح الجماعة .

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة ، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي ، وإنما هي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه .

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة . إذاً الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي ، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة ، وإيجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالي ، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى اليوم ، وجاء فيها من المبادئ والنظريات ما لم يتهياً العالم غير الإسلامى لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة ، وما لم يتهياً هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزلها على رسوله نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ، ويحملهم على التسامى والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الأداء ، وجعلت من رعاية الإبل سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية .

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها ، تمسك بها المسلمون الأوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس ، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر ، لا صوت إلا صوتهم ، ولا كلمة تعلو كلمتهم ، وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات

إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبتهم ، ورققت نفوسهم ، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم العزة والكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله .

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم ، فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم ، ورجعوا القهقري إلى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل فعادوا مستضعفين مستعبدين ، لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم .

وقد خيل للمسلمين وهم في غمرتهم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدحم إلا ضلالا على ضلالهم ، وخبالا على خبالهم ، وضعفوا على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزابا وشيعا ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى .

ولو أراد الله بالمسلمين خيرا لعلموا أن الشريعة الإسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة في طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع ، هي أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء ، لأنها في كل الأحوال ترمى إلى تكون الجماعة الصالحة وتوجيهها دائما للتقدم المستمر والتطور الصالح ، ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام .

وإن في تاريخ المسلمين لآية ، وإنه لعبرة لمن كان له قلب ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم ، وجعلتهم أمة فوق الأمم ، ودفعتهم إلى الأمام ، وسلطتهم على دول العالم ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيتهم متوقف على تطبيق الشريعة

الإسلامية . فالمسلمون من صنع الشريعة ؛ كيانهم تابع لكيانها ، ووجودهم مرتبط بوجودها ، وسلطانهم تابع لسلطانها .

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبه القارىء إلى أن القانون الوضعى حين نحول أخيراً عن أصله الأول فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ فى ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التى تجعل الأصل فى التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها ، وهكذا انتهى القانون الوضعى إلى ما بدأت به الشريعة وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرناً ، فإذا ما قال علماء القانون الوضعى : إنهم وصلوا لنظرية جديدة قلنا لهم : كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون فى أثرها .

١٩ — المميزات الجوهرية التى تميز الشريعة عن القانون : — ونستطيع

بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التى تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ماتخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر فى الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين. وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات : أن الشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية : —

الميزة الأولى — الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال ؛ أى بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات ، وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية — السمو : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، بالسمو ؛ أى بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ؛ وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامى مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة — الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

بالدوام ؛ أى بالثبات والاستقرار ، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهى مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها فى كل زمان ومكان .

هذه هى المميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ، وهى على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه ، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التى تتوفر دائماً فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شيء منها فيما يصنعه المخلوق .

٢٠ - **الدولة التى توفر هذه المميزات فى الشريعة :** وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالكمال والسمو والدوام فقد بقى علينا أن نقدم الدليل على توفر هذه المميزات ، وسيتبين للقارىء فيما يأتى أن هذه المميزات متوفرة فى كل مبدأ ، وفى كل نظرية ، وفى كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية وسنعرض على القارىء الآن طائفة من النظريات والمبادئ الشرعية التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، أو لم تعرفها بعد ، تتوفر فيها جميعاً كل هذه المميزات ، وسيرى القارىء أن هذه المميزات كلها تتوفر فى كل المبادئ والنظريات التى سنتعرض لدراستها فى هذا الكتاب ، فالدليل إذن على توفر هذه المميزات هو الواقع الذى لا يكذب وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال .

٢١ - **نظرية المساواة :** جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة وتفرضها فرضاً ، فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعاً فى قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ ﴾

[الحجرات : ١٣] والرسول صلى الله عليه وسلم يكرر هذا المعنى في قوله: « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى » ثم يؤكد هذا المعنى تأكيداً في قوله: « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطلقة ، فلا قيود ولا استثناءات ، وأنها المساواة على الناس كافة أى على العالم كله ، فلا فضل لفرد على فرد ، ولا لجماعة على جماعة ، ولا لجنس على جنس ، ولا للون على لون ، ولا لسيد على مسود ، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن يذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى ولا تفاضل إذا استوت الأصول وإنما مساواة ، وهذا هو قول الرسول يذكر الناس أنهم جميعاً ينتمون لرجل واحد خلق من تراب فهم متساوون ويشبههم في تساويهم بأسنان المشط الواحد ، ولم يعرف أن سناً من مشط فضلت سنة الأخرى .

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل فهم يتفاضلون بالمال والجاه ، والشرف واللون ، ويتفاخرون بالآباء والأمهات ، والقبائل والأجناس ، فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هي الدافعة لتقرير نظرية المساواة ، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو وضع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقي والتقدم ، كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة تكميل الشريعة بما تقتضيه الشريعة الكاملة الدائمة من مبادئ ونظريات .

ولا جدال في أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة ، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات ، والعلة في وضع

نصوص الشريعة على هذا الشكل أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

وإذا كانت نظرية المساواة قد عرفت في الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة بأحد عشر قرناً ، ولم تأت القوانين الوضعية بمجديد حين قررت المساواة ، وإنما سارت في أثر الشريعة واهتدت بهداها ، وسيرى القارئ فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقاً محدوداً بالنسبة للشريعة الإسلامية التي توسعت في تطبيق النظرية إلى أقصى حد^(١) .

٢٢ — نظرية مساواة المرأة بالرجل : هذه النظرية ليست إلا فرعاً من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقاً لها ، وقد فضلنا أن نجعل لها مكاناً خاصاً لأهميتها ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات ، وأن الشارع لا يطبق المبادئ العامة تطبيقاً آلياً ، وإنما يطبقها ليحقق بها نفعاً أو يدفع بها ضرراً .

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية : أن المرأة تساوى الرجل في الحقوق والواجبات ، فلها مثل ما له وعليها مثل ما عليه ، وهي تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها ، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل ، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

ولكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة

(١) يراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع بينما قصرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادئ ونظريات .

ميزت الرجل على المرأة بميزة واحدة ، فجعلت له على المرأة درجة في قوله تعالى : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ [البقرة : ٢٢٨] وقد بين القرآن حدود هذه الميزة أو الدرجة التي اختص بها الرجل في قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ﴾ [النساء : ٣٤] فبين ذلك أن الدرجة هي درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة .

ولا شك أن الرجل وهو المكلف طبقاً للشريعة بالإلفاق على المرأة وتربية الأولاد والمسئول الأول عن الأسرة أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة ، لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضى أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها .

فالسلطة التي أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التي حملها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه ، وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة هي القاعدة التي تقول : « السلطة بالمسئولية » تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم ، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتي قررها الرسول عليه السلام في قوله : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالإمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيته » .

وإذا كان للرجال درجة على النساء في شئونهما المشتركة فإن الرجل لا يتميز على المرأة في شئونهما الخاصة ، وليس له عليها أى سلطان نهى تستطيع مثلاً أن تملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجاً أو أباً أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها .

وقد سوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها أى من ثلاثة عشر قرناً تقريباً في وقت لم يكن فيه العالم مهتماً للتسوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ، فلم تكن حاجة الجماعة هي التي دفعت

الشريعة لتقرير المساواة وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادئ التي يجب أن تكون في شريعة كاملة دائمة .

ونستطيع أن ندرك مدى سمو الذى وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة إذا علمنا أن القوانين الوضعية لم تسمح بالتسوية بينهما إلا في القرن التاسع عشر ، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف في شؤنهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

ويمكننا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها ، وأنها لا تضيق بحالة ما ، ولا تعجز عن الاحاطة بكل ما يتصور من المسائل ، فإذا أضيف هذا إلى ما في النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل لأنها ليست في حاجة إلى تعديل أو تبديل .

٢٣ — نظرية الحرية : من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية مبدأ الحرية ، فقد أعلنت الشريعة الحرية وقررتها في أروع مظاهرها فقررت حرية التفكير ، وحرية الاعتقاد ، وحرية القول ، وسنتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتى : -

٢٤ — حرية التفكير : جاء الشريعة الاسلامية معلنة حرية التفكير محرة للعقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات ، داعية إلى نبذ كل ما لا يقبله العقل . فهي تحث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل فإن آمن به العقل كان محل إيمان ، وإن كفر به كان محل كفران . فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشيء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله ، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله .

ولقد قامت الدعوة الاسلامية نفسها على أساس العقل فها هو القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ، ويعتمد في إقناع الناس بالاسلام ، ويعتمد في حملهم على الايمان بالله ورسوله وكتابه، يعتمد القرآن في ذلك كله اعتماداً أساسياً على استئارة

تفكير الناس وإيقاظ عقولهم ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير فى خلق السموات والأرض وفى خلق أنفسهم وفى غير ذلك من المخلوقات ، ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق ، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل .

ونصوص القرآن التى تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة منها قوله تعالى : ﴿ إن فى خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التى تجرى فى البحر بما ينفع الناس ، وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون ﴾ [البقرة : ١٦٤] وقوله : ﴿ قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفردى ثم تتفكروا ﴾ [سبأ : ٤٦] وقوله : ﴿ أو لم يتفكروا فى أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى ﴾ [الروم ٨] وقوله : ﴿ قل انظروا ماذا فى السموات والأرض ﴾ [يونس ١٠١] وقوله : ﴿ فلينظر الإنسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ [الطارق : ٦] وقوله : ﴿ أفلا ينظرون إلى الأبل كيف خلقت : وإلى السماء كيف رفعت ، وإلى الجبال كيف نصبت ، وإلى الأرض كيف سطحت ﴾ [الغاشية : ١٧] وقوله : ﴿ إن فى ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد ﴾ [سورة ق : ٣٧] وقوله : ﴿ وما يذكركم إلا أولوا الألباب ﴾ [آل عمران : ٧] ويعيب القرآن على الناس أن يلفوا عقولهم ، ويعطوا تفكيرهم ، ويقلدوا غيرهم ، ويؤمنوا بالخرافات والأوهام ، ويتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون ، وينعى عليهم ذلك كله ، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام بل أضل سبيلا من الأنعام لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون ، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التى ميز الله بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألقى

عقله أو عطل فكره تساوى بالأنعام بل كان أضل منها .

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه اللعاني ، وقرأ إن شئت قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا : بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ * ﴾ ومثل الذين كفروا كمثل الذي ينعق بما لا يسمع إلا دعاءً ونداءً سمع بهم عَمِيَ فَعَمُوا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ ﴾ [الحج : ٤٦] وقوله : ﴿ وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِنَ الْجِنَّ وَالْإِنْسِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لَا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ ﴾ [الأعراف : ١٧٩] .

وللإنسان أن يفكر فيما شاء كما يشاء وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير ولو فكر في إتيان أعمال تحرمها الشريعة ، والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه ولا تؤاخذة على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرم وإنما تؤاخذة على ما أتاه من قول أو فعل محرم ، وذلك معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » .

٢٥ — حرية الاعتقاد : والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية

الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود ، فلكل إنسان طبقاً للشريعة الإسلامية أن يعتقد من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمنعه من إظهار عقيدته .

وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة فلم تكثف بإعلان هذه الحرية وإنما اتخذت لحمايتها طريقين : -

أولاهما : إلزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقاد ما يشاء وفي تركه يعمل طبقاً لعقيدته ، فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى

ومن كان يعارض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ، ويبين له وجه الخطأ فيما يعتقد ، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج ، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ، ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راض ويكفي صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه بين الخطأ ، وأرشد إلى الحق ، ولم يقصر في إرشاد خصمه وهدايته إلى الصراط المستقيم . وإقرأ إن شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله تعالى لرسوله : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ [البقرة : ٢٥٦] وقوله : ﴿ ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين ﴾ [يونس : ٩٩] وقوله : ﴿ فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ [الفاشية : ٨] وقوله : ﴿ وما على الرسول إلا البلاغ المبين ﴾ [سورة النور : ٥٤] .

ثانيهما : - إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وأن لا يقف موقفا سلبي ، فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التي لا تحترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة ، ويمكن فيه من إعلان ما يعتقد ، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه قبل أن يظلمه غيره ، وارتكب إثما عظيما ، وحققت عليه كلمة العذاب ، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها . وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك في قوله تعالى : ﴿ إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا ﴾ [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين ، وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين في بلاد الإسلام ، ففي أى بلد إسلامي يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه

ومذهبه وعقيدته ، وأن يباشر طقوسه الدينية ، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراسته دون حرج عليه ، فليهود في البلاد الإسلامية عقائدهم ومعابدهم وهم يتعبدون علناً وبطريقة رسمية ، ولهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوى ، ولهم أن يكتبوا ما يشاءون عن عقيدتهم وأن يمارنوا بينها وبين غيرها من العقائد ويفضلوها عليها في حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة — وكذلك حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعدددها ، فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم ، وهم يباشرون عباداتهم علناً ، ويعلمون عقائدهم في مدارسهم ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الإسلامية .

٢٦ - حرية القول : أباحت الشريعة حرية القول وجعلتها حقاً لكل إنسان ، بل جعلت القول واجباً على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكراً ؛ وذلك قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١٠٤] . وقوله : ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » وقوله : « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر » وقوله : « الدين النصيحة ، قالوا لمن يارسول الله ؟ قال : لله ورسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » وقوله : « سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » .

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق ويدافع بلسانه وقلبه عن عقيدته فإن حرية القول ليست مطابقة ، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجاً عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفاً لنصوص الشريعة . وقد قررت الشريعة حرية القول من يوم نزولها وقيدت في الوقت نفسه (٣) التفرع الجنائي الإسلامي

هذه الحرية بالقيود التي تمنع من العدوان وإساءة الاستعمال ، وكان أول من قيدت
 حريته في القول محمد صلى الله عليه وسلم وهو رسول الله الذي جاء معلناً للحرية
 مبشراً بها وداعياً إليها ، ليكون قوله وعمله مثلاً يحتذى ، وليعلم الناس أنه لا يمكن
 أن يعنى أحد من هذه القيود إذا كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به
 ربه من قوله : ﴿ وإنا لكلى خالق عظيم ﴾ [سورة القلم : ٤]

ولقد أمر الله رسوله أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعاً إلى الإيمان
 بالله وبالرسالة ، وأن يحاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم ،
 ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها فرسم له طريق
 الدعوة ، وبين له منهاج القول والحجاج ، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على
 الحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هي أحسن ، وأن يعرض عن الجاهلين
 وأن لا يجهز بالسوء من القول ، وأن لا يسب الذين يدعون من دون الله ،
 فرسم الله لرسوله حدود حرية القول ، وبين لنا أن الحرية ليست مطلقة وإنما هي
 حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال .

وحرية القول في الحدود التي وضعها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم
 بالنفع والتقدم ، وتؤدي إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات ، وتجمع
 كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره ، وتجعلهم في حالة تعاون دائم ، وتقضي على النعرات
 الشخصية والطائفية ، وهذا كله ينقص العالم اليوم ، أو يبحث عنه العالم فلا يهتدى إليه .
 ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين
 الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول
 دون قيد إلا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أى اهتمام ،
 وتطبيق رأيهم يؤدي دائماً إلى التباغض والتناوب والتحزب ثم القلاقل والثورات
 وعدم الاستقرار . وقسم يرى تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأى الحاكمين
 ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأى هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد

العناصر الصالحة عن الحكم ، ويؤدى فى النهاية إلى الاستبداد ثم القلاقل والثورات .
ونظرية الشريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما
دول العالم ، ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد وهى لا تسلم
بالحرية على إطلاقها ، ولا بالتقييد على إطلاقه ؛ فالقاعدة الأساسية فى الشريعة
هى حرية القول ، والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق والآداب
أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام ،
ولكن هذه الحماية لا تيسر إلا بتقييد حرية القول ، فإذا منع القائل من الخوض
فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أى حق لأن الاعتداء
لا يمكن أن يكون حقاً .

ويمكننا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول
ما يشاء دون عدوان فلا يكون شتاماً ولا عياباً ولا قاذفاً ولا كاذباً ، وأن يدعو
إلى رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هى أحسن ، وأن لا يجهر
بالسوء من القول ، ولا يبدأ به ، وأن يعرض عن الجاهلين . ولا جدال فى أن
من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسمعوا قوله ويقدرُوا رأيه فضلاً عن بقاء
علاقته بغيره سليمة ثم بقاء الجماعة يداً واحدة تعمل للمصلحة العامة .

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول فى الشريعة وهى قوله تعالى :
﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هى أحسن ﴾
[سورة النحل : ١٢٥] وقوله : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾
[الأعراف : ١٩٩] وقوله : ﴿ وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً ﴾ [الفرقان : ٦٣]
وقوله : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾
[الأنعام : ١٠٨] وقوله : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾
[النساء : ١٤٨] وقوله : ﴿ لا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هى أحسن إلا الذين
ظلموا منهم ﴾ [المائدة : ٤٦] .

هذه هي نظرية الحرية بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية في وقت كان الناس فيه لا يفكرون بمقولهم ، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم ، وكان من الطبيعي في نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته ، ولم يكن لأحد حرية القول أو التفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء . وقد لقي المسلمون الأول عنتاً شديداً في نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية ، فعذبوا لتغيير عقيدتهم ، وأكروهوا على ذلك بشتى الوسائل ، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم فلا يحاولون القول إلا منعهوم منه ، ولا التمسيد إلا آذوم به .

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجارى تطور الجماعة أو تلبي رغباتها ، لأن العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهياً لنظرية الحرية ، وإنما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة ، وتدفعهم نحو التقدم والرقى ، وتسمو بهم عن الموطن الذى نزلت بهم فيه همجيتهم ، وأرضاهم به جهلهم = كذلك كان تقرير النظرية لازماً لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة .

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية والمبينة لحدودها نصوصاً عامة مرنة بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل . وهذا يتفق مع الأساس الذى قامت عليه الشريعة وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل ، ولا شك أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأى حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن . ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرناً على الأقل ؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقسى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح ولمن ينتقد عقيدة تخالف العقيدة التى يعتنقها أولو الأمر هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ ، فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت

الأكذوبة الكبرى التي تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشرعية الإسلامية ، وقد يعذر الأوربيون في هذا الجهل أما نحن فكلن نجد لأنفسنا عذراً .

٢٧ - نظرية الشورى : جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى في قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] وفي قوله : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب في أدنى دركات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط ، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستمعية على التبديل والتعديل ، ولأن تقرير النظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها ، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية ، والاشتراك في الحكم بطريقة غير مباشرة ، والسيطرة على الأحكام ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكامل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها . وظاهر من صيغة النصين المقررين لمبدأ الشورى أنهما عامان مرفعان إلى آخر حدود العموم والمرونة ، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما في المستقبل ، وفي هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبديل والتعديل .

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كمبدأ عام وتركزت لأولياء الأمور في الجماعة أن يضعوا معظم القواعد اللازمة لتنفيذه ، لأن هذه القواعد تختلف تبعاً لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات ، فلأولياء الأمور مثلاً أن يعرفوا رأى الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر ، أو عن طريق ممثلي الطوائف ، أو بأخذ رأى الأفراد الذين تتوفر فيهم صفات معينة إما بطريقة التصويت المباشر وإما بطريقة التصويت غير المباشر ، ولأولياء الأمور أن يسلطوا أى سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأى الجماعة بشرط أن لا يكون في ذلك كله ضرر ولا ضرار بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام .

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهى قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها لأولياء الأمور، وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل .

ومن هذه القواعد الأساسية التى توجب الشريعة اتباعها فى تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص باعتباره رأى الواجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأياً اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك فى رأى وضع موضع التنفيذ ، وتلك هى سنة الرسول التى سنّها للناس والى يجب على الناس اتباعها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها فى حياته ، واتبعها أصحابه بعد وفاته . عمل الرسول بهذه السنة لما علم بأسعداد قريش لغزوة أحد وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريباً من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه ، واستشارهم أخرج إليهم أم يمكن فى المدينة ؟ وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأرزق والنساء من فوق البيوت ، وواقفه على هذا رأى عبد الله بن أبى وبعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه فى ذلك . فكان الرسول أول من وضع رأى الأكثرية موضع التنفيذ ، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته ، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأى الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذى أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان رأى الأحق بالاتباع .

وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته فى حروب الردة فقد كان رأى

الغالبية أول الأمر متجهاً إلى عدم محاربة المرتدين ومسامحتهم ، وكان رأى الأقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجهاً إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم ، و انتهت المناقشة بنجوح الكثيرين إلى رأى أبى بكر بمد اقتناعهم به ، فلما وضع هذا رأى موضع التنفيذ كان المخالفون فى رأى هم أول المنفذين له والمضحين فى سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم .

وهذه السنة المباركة التى تكمل مبدأ الشورى العام تعتبر فى وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل الديمقراطية . فمن لا يملك أن البلاد الديمقراطية فشلت فشلاً ذريعاً فى تطبيق مبدأ الشورى ، والسبب الأساسى فى هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش رأى الذى أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك فى قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه . بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذى يتولى الحكم فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام ، بل تكون دائماً محل تشكك وسخرية ، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية من تنفيذ القوانين التى تسنها الغالبية ، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذى تقابل آراؤه وأعماله بمثل ما قبل به فريق الأكثرية السابق ، وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلاً من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أو نقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التى سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل إنه ليناقض مع الأساس الذى تقوم عليه الشورى ؛ فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى كان رأيها قانوناً أو حكماً تجب له الطاعة والاحترام .

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية ، فظهر أولو الأمر في البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذي لا يحسن التصرف ، وقد الأفرا دثقتهم في الزعماء والجماعات والأحزاب ، وأصبحوا يتشككون في قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره ، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم في يوم ما أنهم ارتأوا رأياً فكان موضع التقدير ، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية ، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك .

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية في تطبيق مبدأ الشورى يرجع في الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب ، إلا أن تفشى هذا الفشل في كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدأ إلى المبدأ ذاته ، واعتنق الكثير من البلاد الديمقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجاً لحالة الشك وعدم الثقة التي تعيش فيها الشعوب .

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديمقراطية ، لأنها تؤدي إلى كتم الأفواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يموود عليها إلا بالضرر . وإذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالباً بالنجاح إذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته ، وإنما يرجع كما أثبتت التجارب إلى ثقة الحكومين بشخصية الحاكمين وتعظيمهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة ، فإذا ما تغير الحكام الموثوق بهم ، أو فشلوا في القيام بمهمتهم ، انعدمت الثقة بين الحكام والحكومين ، وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكتاتوري وكان ذلك إيذاناً بتغيير نظام الحكم ، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة الحكومين .

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامي لا يعتبر فقط علاجاً ناجماً

لفشل الديمقراطية ، ولكنه أيضاً صمام الأمن الذي يحمى الأمم من الديكتاتورية ، لأن هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية ، ويحقق صلاحيته العملية ، ويبحث كل القوى لخدمة الجماعة ، ويدعو إلى الثقة بالشورى والعائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادئ الهدامة والديكتاتورية .

ونستطيع أيضاً أن نقول: إن النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على الشورى والتعاون ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحكوميين على الحاكمين ، وانعدام التعاون بينهما ، وإن النظام الديكتاتورى يقوم في الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والمحكومين ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما . أما النظام الإسلامى فيقوم على الشورى والتعاون في مرحلة الاستشارة ، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ، ولاتسمح قواعده بتسليط فريق على فريق ، وبهذا جمع النظام الإسلامى بين ما ينسب إلى الديمقراطية من فضائل ، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ، ثم هو في الوقت نفسه برىء من العيوب التى تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرناً ، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدأ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية اللهم فيما عدا القانون الإنجليزى فقد عرف مبدأ الشورى في القرن السابع عشر ، وقانون الولايات المتحدة الذى أقر المبدأ بعد منتصف القرن الثامن عشر ، أما القانون الفرنسى فقد أخذ بمبدأ الشورى في آخر القرن الثامن عشر ، وعلى أثر ذلك انتشر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين في القرن التاسع عشر ، فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بمجديد ، وإنما انتهت إلى مبادئ به الشريعة الإسلامية ، وسارت في الطريق الذى سلكته الشريعة من القرن السابع الميلادى .

٢٨ — نظرية تغيير السلطة الحاكم : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها

بنظرية تقييد سلطة الحاكم ، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحاكم ، وحرمتهم حرية التصرف ، وألزمهم أن يحكموا في حدود معينة ، ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسؤولين عن عدوانهم وأخطائهم .

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادئ أساسية : أولاً - وضع حدود لسلطة الحاكم - ثانياً - مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه - ثالثاً - تحويل الأمة حق عزل الحاكم .
المبدأ الأول - وضع حدود لسلطة الحاكم : - كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها وكانت علاقة الحاكمين بالحكومين قائمة على القوة البحتة ، ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء ، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن . وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لأنه أقوى منهم ، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يفرجهم بمائه وجاهه فهم من الطائعين السامعين ، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم في رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه .
ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أى حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتي ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب .

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحاكم والحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف الحكومين ، وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذى يرضى مصالحها ويحفظها ، وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها ، فإن خرج عليها كان عمله باطلا وكان من حق الجماعة أن تفرقه وتولى غيره لرعاية شئونها .

وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بياناً شافياً وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقاً ؛ فمهمة الحاكم في الشريعة أن يخاف رسول الله في حراسة الدين وسياسة الدنيا^(١) ويسمى الحاكم في اصطلاح الفقهاء الإمام .

والإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا ينقصد إلا بالرضى والاختيار^(٢) وبموجب هذا العقد يلزم الإمام أى الحاكم أن يشرف على الشئون العامة للأمة في الداخل والخارج^(٣) بما يحقق مصلحتها ، بشرط أن يكون ذلك كله في حدود ما أنزل الله على رسوله ، وفي مقابل التزام الإمام للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان ممثليها الذين اختاروه إماماً أن تسمع له وتطيع أمره ما لم يتغير حاله فيصبح فاسقاً أو يعجز عن مباشرة عمله^(٤) ، فإذا تغير حاله انعزل بنفسه أو عجزه . فسلطة الإمام أى الحاكم في الشريعة ليست مطلقة ، وليس له أن يفعل ما يشاء ويدع ما يشاء ، وإنما هو فرد من الأمة اختير لقيادتها وعليه للأمة التزامات وله على الأمة حقوق ، وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدي به التزاماته ويستوفي به حقوقه ، وهو في أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ [المائدة : ٤٩] وقوله : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ [الجاثية : ١٨] وقوله : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وإذا كان الإمام أى الحاكم مقيداً بأن يقيع الشريعة وأن يحكم طبقاً لنصوصها فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحت له فقد امتد سلطانه إليه ، وما حرمت عليه فلا سلطان له عليه . والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ، ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد .

(١) الأحكام السلطانية ص ٣ (٢) الأحكام السلطانية ص ٦ (٣) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين ونوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وحفظ الثغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة في جبايتها وإتقانها والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام . (٤) نفس المرجع من ١٢ - ١٧

المبدأ الثانى - مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : - وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أى الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولاً عن كل عمل يتجاوز به سلطانه سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله . ولم تكن الشريعة فى تقرير مسئولية الحاكم عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء، فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأمى فرد عادى فلم تميزه على غيره بأى ميزة ، فكان من الطبيعى تحقيقاً للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يُسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة^(١) .

المبدأ الثالث - تحويل الأمة حق عزل الحاكم : - بينا فيما سبق أن الإمامة تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أى الحاكم ويلتزم له بالطاعة فى مقابل التزام الحاكم بالإشراف على شؤون الأمة وقيادتها فى الطريق التى رسمتها الشريعة وينبنى على هذا المنطق أن الحاكم الذى يقوم بمهمته فى الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذى لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن ينتظر من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن ينتحى عن مركزه لمن هو أقدر منه على الحكم فى حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنح مختاراً نَحَّاه الشعب مكرها واختار غيره .

وهذا الذى يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح ، جاء به القرآن وأمر به الرسول، وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده، فإله جل شأنه يأمر بطاعة أولى الأمر فى حدود ما جاء به الرسول فيقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ

(١) سنفضل الكلام على مسئولية الحاكم عندما نبحث فى سريان الشريعة على الأشخاص وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر سمات الشريعة وسبقها فى تقدير النظريات الحديثة فى القوانين .

وأطيعوا الرسول وأولو الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً ﴿ [النساء : ٥٩] والرسول عليه السلام يقول : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » ويقول : « إنما الطاعة في المعروف » ويقول في ولاية الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة ». وبعد موت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم فكانت أول خطبة يقولها تطبيقاً دقيقاً لهذه النصوص حيث قال : « أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني - أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم » .

وولى عمر أمر المسلمين بعد أبي بكر فكان حريصاً على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان ، خطب يوماً فقال : « لوددت أنى وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقاً وغرباً فإن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه » فقال طلحة : « وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه » قال : « لا ، القتل أنكل لمن بعده » .

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة ، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتى بما يلائم الجماعة ويصلح لحالها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه .

وهذه هي النصوص التي تقوم عليها النظرية جاءت عامة إلى آخر حدود العموم ، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات .

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة

الحكام ، وتعيين الأساس الذى تقوم عليه علاقة الحاكمين بالحكومين ، وفى تقرير سلطان الأمة على الحكام ، وأول قانون وضعى اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزى ، وكان ذلك فى القرن السابع عشر أى بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرناً ، ثم جاءت الثورة الفرنسية فى نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ فى القوانين الوضعية .

وتسير القوانين الوضعية فى تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية ، فتجعل الحد بين الحاكمين والحكومين الدستور الوضعى الذى يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام ومدى سلطان كل ، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين الحاكمين والحكومين نصوص الشريعة، وهى الدستور الإسلامى .

٢٩ - نظرية الطلاق :- أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق

المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل ، ولولم يقيم دليل ظاهر على أن ضرراً حدث للرجل من الزواج فالأمر فى تطليق المرأة متروك للرجل .

وأباحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها ضرراً مادياً أو أدبياً ، أو لا يؤدي لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة .

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة فى استعمال حق الطلاق أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية^(١) وهو الذى يتحمل وحده أعباءها ، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإففاق على الزوجة من يوم العقد ولولم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإففاق عليها وعلى أولادها منه ، فأعطى له حق الطلاق مطلقاً من كل قيد فى مقابل هذه المسئوليات الجسيمة ، وفى هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدي إلى تلويث سمعة المرأة

وحرمانها من الزواج بعد ذلك - أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا بحصول ضرر مادي أو أدبي ، وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية ، وما يحميها حماية كافية من تمتع الزوج ، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق .

وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل الطلاق مطلقا من كل قيد فإنها قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها . والطلاق إما أن يكون قبل الدخول وقبل فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون قبل الدخول وبعد فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون بعد الدخول ، وفي كل حالة من هذه الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات لا مفر منها عليه أن يؤديها للمرأة ، وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة كما أنها من ناحية أخرى تحمل الرجل على أن يقدر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق .

الطلاق قبل الدخول وفرصه المهر : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهرا فعليه أن يتمتعها أى يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف أى بما تعارف أمثال الزوج ومن هم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

الطلاق قبل الدخول وبمهر فرصه المهر : وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ﴾ [البقرة : ٢٣٧]

الطلاق بعد الدخول : أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها

بكل المهر ولو كان أكثره غير حال ، وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزماً به أم متفضلاً به عليها وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج وآتيتم إحداهن قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ [النساء : ٢٠] .

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفى عدتها وتصبح بذلك أهلاً للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملاً أو غير حامل ، فإن كانت حاملاً فعدها أن تضع حملها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملاً فعدها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقاً لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربضن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [البقرة : ٢٢٨] والقروء هو الحيض على رأى والطهر من الحيض على رأى آخر .

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن في حاجة إلى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرناً وهي لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرناً وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة . فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق ، ولم يعترف به إلا في القرن العشرين ، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت مقررّة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقى وتقدمت الأمم وتفتحت العقول قرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذى يحقق سعادة الزوجين

إذا فشل الزواج في تحقيقها ، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان .

ولا يكاد اليوم يخلو قانون وضى من قوانين الأمم المتحضرة من النص على الطلاق والاعتراف به ، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الأخذ بمبدأ الطلاق فالبعض يتوسع في تطبيق المبدأ ، والبعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها فالقانون الرسمى يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط فهو يأخذ بالمبدأ الذى وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معاً ، وقوانين بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية تبيح للرجل والمرأة معاً حق طلب الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضارّه ضرراً مادياً أو أدبياً ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدأ الذى قررتة الشريعة حقاً للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معاً . وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين في حدود ضيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقاً للمرأة ولما جعلته أسباب الطلاق وتضييق من دائرتها .

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرناً يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية في الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضى القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية في إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها .

ونستطيع أن نبين مما سبق أن العالم لم يكن مهتماً لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائرة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقى والكمال .

٣٠ - نظرية تحريم الخمر : حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً مطلقاً وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أي العقوبات) المقدرة التي لا يجوز لولى الأمر العقوبتها ولا عن الجريمة التي وضعت لها ، ولا يجوز للقاضى أن . (٤ - التشريع الجنائى الإسلامى)

يخفّضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها .

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجياً ، لأن شرب الخمر كان متفشياً في العرب ، وكانت الخمر إحدى متعهم وسبيل لهم ، فاقضت حكمة التشريع التدرج في التحريم ، وكان أول نص من نصوص التحريم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] فنهأهم الله عن الصلاة وهم سكارى ، ولما كانت الصلاة فريضة لا بد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى ولعل هذا كان داعياً لهم أن يتساءلوا = عن حكم الخمر في = ذاتها ، وقد جاء النص الثانى من نصوص التحريم برد على هذا التساؤل وبين علة التحريم وذلك قوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النفوس مهياة لترك الخمر نزل النص التام في التحريم وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأُرْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ إِنَّمَا يَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾ [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مبرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة وهذه الميزة التى تتميز بها نصوص الشريعة هى التى جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة ، وحفظت لها هذه الصلاحية فى عصرنا الحاضر أى بعد مضى ثلاثة عشر قرناً على تاريخ نزولها ، وهذه الميزة هى التى ستحفظ لها هذه الصلاحية فى مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال . فإذا ما قلنا إن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجازاة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها ، فقد

كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان ، ولم تكن النفوس مهتأة لها ، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضرورى لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة ، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال ، وإذا كان العالم غير الإسلامى قد أصبح الآن يفكر فى تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهتأة لقبول التحريم فعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررتة من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرناً .

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع ، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة وبأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية ، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادى أخيراً أن الخمر مفسدة عظيمة ، وأنها تهدم الصحة وتضيع المال وتضغف النسل والعقل وتضر بالإنتاج ضرراً بليغاً ، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد ، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف ، وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحاً ملحوظاً فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلخين بحيث يمكن أن يقال : إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة .

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهراً فى التشريعات التى صدرت فى القرن الحالى ، فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً ، والهند أصدرت من عامين قانوناً مماثلاً وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريماً تاماً . أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها فى المحلات العامة فى أوقات معينة من النهار ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سناً معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهتئاً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً ، وأن الدعوة إلى التحريم

تأخذ طريقها ويشدد ساعدها كل يوم وتجدد من العلماء والمصلحين كل تعزید .
وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الحمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم
قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك
أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يجب .

٣١ - نظرية تمرد الزوجات : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها
مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن ،
فإن كان يعلم أنه لا يستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن فلا يجوز له
أن يتزوج غير امرأة واحدة ، وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له
أن يجمع بين أكثر من أربع نساء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ
لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [النساء : ٣]
وقد سارت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص ، وسارت الطبيعة البشرية ،
وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحتها تعدد الزوجات .

فأما أن الشريعة قد سارت منطقها الخاص فذلك أن الشريعة تحرم الزنا
تحريماً كلياً وتعاقب عليه أشد العقاب حتى إنها لتعاقب الزانى المحصن بالرجم (أى
القتل رمياً بالحجارة) فوجب أن لا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى
الزنا من وجه آخر ، ولا شك أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا ،
ذلك أن عدد النساء فى العالم يزيد على عدد الرجال ، ويزداد الفرق بينهما كلما
نشبت الحروب وتعددت ، فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدى إلى بقاء عدد كبير
من النساء دون زواج وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة
طبيعتها ، وهو جهاد ينتهى غالباً بالفشل والاستسلام وإباحتها الأعراض والرضا
بالسفاح ، وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ،
فالمرأة ليست مستعدة فى كل وقت لغشيان الرجل إياها لأنها تحيض كل شهر
أسبوعاً فى المتوسط ، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين ، وغشيانها محرم فى

الحيض . ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهى أربعون يوما تقريبا . كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل ، أما الرجل فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة ، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا ، لأنهم لا يستطيعون أن يكتبوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإثقال بالحمل .

وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر فى إباحة تعدد الزوجات فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتمنين الرجل فلا يحصلن عليه ، ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن ، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفة ، ولم تفرض الشريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية فى فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التى يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل فى الغالب يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه فى ذلك شأن المرأة ، وإن كانت طبيعة المرأة تساعد على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل

وأما أن حكم الشريعة فى إباحة التعدد جاء متفقا مع الغرض من الزواج فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت فى الرجل والمرأة لحفظ النوع ، وأن الزواج شرع للتناسل وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبيح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذى خلقت له ، وتعطل الغرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين

أو السبعين في المتوسط وهو في الغالب أقصى عمره ، أما المرأة فتتقدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين ، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالى نصف المدة التى يستطيع فيها أن يؤدى هذه الوظيفة .

هذه هى نظرية الشريعة فى إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ورفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذى قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم ، مَرِنٌ إلى آخر حد من المرونة . وهذا ما جعله محتفظا بصلاحيته التى كانت له من ثلاثة عشر قرناً ، وما سيجعله محتفظاً بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله .

ولم تأت الشريعة بهذا النص لتساير به حال الجماعة ، فقد كان العرب يحيزون تعدد الزوجات إلى غير حد . ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات ، وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطبيق الباقيات ، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة ، ولأن وجوده ضرورى فى شريعة دأمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل .

ونظرية الشريعة فى تعدد الزوجات من النظريات التى لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن ، بل كانت هذه النظرية قديماً مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها فى طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجدد لها فى نفوس علماءهم ومصلحيهم مكاناً وفى صحفهم السيارة موضعاً ، ومن يدرى ؟ لعل اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التى وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التى وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل فى كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة .

والحق أن الحروب لم تكن هى الدافع الوحيد الذى حمل الأوربيين على التفكير

في إباحة تعدد الزوجات ، وإنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة منها انتشار الخالة بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطفه وماله ، بل قد يكون لإحداهن في هذه أكثر من نصيب زوجته ، ومنها شيوع الزنا وما يترتب عليه من جنائيات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار ، وقتل الأجنة في بطون أمهاتهن ، ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات ، ومنها قلة النسل قلة ظاهرة في الشعوب الأوربية ، فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في إباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة

٣٢ - نظريات في الوصايا والتمائم : وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد ، لأن القرآن جاء بها جميعاً في آية واحدة هي آية الدين ، ولأن بعضها يتصل ببعض الآخر اتصالاً وثيقاً ، ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذي يبرز فيها مميزات الشريعة .

وآية الدين التي نعنيها هي قول الله جل شأنه ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَانَيْتُمْ بَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ، وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ ، وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِئَ هُوَ فَلْيُمْلِلِ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ، وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّاهِدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشَّاهِدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ، وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ، وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسَوْقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُ اللَّهُ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ونص الآية يشمل عدداً من المبادئ التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلي :

٣٣ - نظرية الإثبات بالكتابة : فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فاكتبوه ﴾ وقوله : ﴿ ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ﴾ ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيّاً كان نوعه ، لأن الالتزام ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم للملتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك ^(١) .

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشتري شيئاً من آخر ويتسلمه ويسلمه الثمن في الحال ، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات .

وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والبديل .

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو أن الشريعة كانت كالقانون

(١) كذلك يمكن قياس أى التزام على الدين إذا احتفظ الكلمة الدين بمعنى القرض لأن كليهما متى ما قام التزام به بعد مضي أجل معين .

تأتى على قدر حاجة الناس لما جاء بها شيء خاص بإثبات الإلتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السمو الذى تميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتقف عقولهم ، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا - وقد تعلموا - أهلاً لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها ، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة ، أما الغرض القانونى فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك .

فالشريعة حين أوجبت الكتابة فى الصغير والكبير جاءتها بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية ، وهذه النظرية التى نزل بها القرآن على الرسول فى القرن السابع الميلادى هى من أحدث النظريات فى القوانين الوضعية وفى المذاهب الاجتماعية الحديثة ، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليماً إجبارياً رسالاً ونساء ، وهذا الذى تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية فى ناصيتها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسى الذى أخذت عنه القوانين الأوربية أن يكون الدين مكتوباً إذا زاد عن مقدار معين ، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقاً لو اشترطت الكتابة فى الصغير والكبير وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشراح فى الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه . وإذن فأحدث نظريات الإثبات فى عصرنا الحاضر هى نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية ولا يزال الشراح فى بعض

الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٣٤ - نظرية إثبات الدين التجاري : اشترطت الشريعة - كما بينا - الكتابة

لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجاري^(١) وأباحث إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾ والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة أن الصفقات التجارية تقتضى السرعة ولا تحمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي إلى الحرج ، وقد يضعف فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومرنٌ إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مرّ الأزمان تعديلاً أو تبديلاً ، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجازاة لحال الجماعة أو تمشياً مع ما وصلت إليه ، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ورفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على سمو الشريعة وكلها من أن نظرياتنا في إثبات الدين التجاري .

(١) استثنت الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى [وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أماته] .

هى نفس النظرية السائدة اليوم فى القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر .

٣٥- نظرية من الملتزم فى إمداء العقد : جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ عام أوجبه فى كتابة العقود هو أن يملى العقد الشخص الذى عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوى ، فكثيراً ما يستغل القوى مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية ، فإن كان دائناً مثلاً قسا على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق ، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطاً لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما ، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الحالة التى عالجتها الشريعة من يوم نزولها هى من أهم المسا كل القانونية فى عصرنا الحاضر ، وقد برزت فى أوروبا فى القرن الماضى على أثر نمو النهضة الصناعية وتعدد الشركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال ، وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطاً قاسية يتقايها العامل أو المستهلك وهو صاغر ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل أو حاجته للسلعة ، بينما العقد يعطى لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذى نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى « عقد الإذعان » . وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمى المستهلك من المنتج ، وبتعيين سعر السلعة ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب العمل

والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل إذا أصيب أو طرد من عمله ، لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح هامة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إتمام شروط عقد العمل ، ويظاهروهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب ، فهذا الحق الذي يطالب به العمال في كل أنحاء العالم والذي أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام في دول كثيرة في سبيل تحقيقه ، هذا الحق الذي حقق القانون الوضعي بعضه ولم يحقق بعضه الآخر والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قرره الشريعة الإسلامية كاملاً للضعفاء على الأقوياء والملتزمين على الملتزم لهم وجاء به القرآن في آية الدين ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَيْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ ، فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أولاً يستطيع أن يُمْلِلَ هو فليملل وَلِيَّهُ بالعدل .

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ .

وهذا هو الذي جعل الشريعة تتمناز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل .

ووجود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وإكملها ورقبها وعدالتها فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً ، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقي والسمو .

٢٦٦ - نظرية تحريم الازمئاع عن تحمل الشهادات : حرمت الشريعة على

الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، أو يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً ما

أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسْكُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] وفي قوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [النساء : ١٣٥] والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور .

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة ، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن المصلحة العامة تقضى بالتعاون على حفظ الحقوق وتسهيل المعاملات بين الناس ، والامتناع عن تحمل الشهادة يقضى إلى تضييع الحقوق ، ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطلانها وهناك عقود لا بد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .

ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغت هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل .

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال ، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسيطرة خلال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة ، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل .

٣٦ - أمطام أفرى في آية الدين : هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هي آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت

تأخذ الثالثة ولم تأخذ بعدُ بالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين ، وإنما هي بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلاً عالماً بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يمتنع عن الكتابة وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان ، وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد ، وهذه كلها مبادئ عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعاً في هذا الكتاب الذي خصصناه للمبادئ العامة الجنائية وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوفر في قسم دون آخر من الشريعة .

٣٨ - تذكير : وقبل أن أتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون - خطأ - أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدعونه ويحرصون على التمسك به ، وأن عليهم أن يذكروا قوله تعالى : ﴿ أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴾ [البقرة ٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلاً ولا كاملاً في عهدنا المظلمة المتأخرة ، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هوام في كل ما يهتمون به ، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم . وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فلن نجدنا الأخذ بالقوانين شيئاً ، بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط ، وإنما علاجنا المجدي هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر ، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه ؛ فصدقهم الله وعده - إن وعد الله حق - وأخزاهم

في الحياة الدنيا ، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن بإيمانهم فأحزانا الله كما أخزاهم ، وسلط علينا كما ساط عليهم ، وجعلنا عبرة لأولى الألباب . ولن يغير الله ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله ، ذلك وعد الله ، والله يقول الحق وقد قال : ﴿ إِنْ اللَّهَ لَا يَغَيِّرُ مَا بَقِيَهُ حَتَّى يَغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ ﴾ [الرعد : ٢٦]

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فكن الله لهم في الأرض ، وإن الذي مكن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا ، ذلك وعد الله لعباده في قوله : ﴿ وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [النور : ٥٥] وذلك وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول جل شأنه : ﴿ قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ يَهْدِي بِهِ اللَّهُ مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَهُ سُبُلَ السَّلَامِ وَيُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [المائدة : ١٦]

* * *

منهج البحث

٣٩ - سنتناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في الشريعة .
والكلام على هذا القسم يقتضى الكلام عن موضوعين ، أولهما الجريمة ،
وثانيهما العقوبة ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصا .
ولما كان الكلام على الجريمة يقتضى تناول الجريمة بصفة عامة ثم تناول
أركانها ، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :
أولهما خاص بالجريمة بصفة عامة .
والثاني خاص بأركانها .
وكل قسم يشتمل على أبواب وفصول ومباحث بقدر ما يقتضيه الحال .
أما الكلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة ، والمبادئ
التي يقوم عليها العقاب ، وأقسام العقوبات وأنواعها . وتعدد العقوبات ،
وتنفيذها والقود ، وسقوط العقوبات .
وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات بابا خاصا .

الكتاب الأول

في

الجريمة

القسم الأول

من

الكتاب الأول

٤٠ - سنتكلم فى هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة ، وثانيهما أنواع الجريمة ، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصاً .

الباب الأول

ماهية الجريمة

٤١ - تعريف الجريمة : تعرف الجرائم فى الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير^(١) . والمحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية ، إشارة إلى أنه يجب فى الجريمة أن تحظرها الشريعة .

فالجريمة إذن هى إتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هى فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه .

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة . ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية ، ومفردتها جزاء ، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢ .

وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة ،
فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون ، وإما امتناع عن عمل
يقضى به القانون ، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية
إلا إذا كان معاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائي^(١) .

٤٢ - **الجريمة والجنائية** : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنائية ،
والجنائية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى
عليه شراً ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره - أما في الاصطلاح الفقهي
فالجنائية : اسم لفعل محرم شرعاً ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك .
لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنائية على الأفعال الواقعة على
نفس الإنسان أو أطرافه ، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض^(٢) بينما
يطلق بعضهم لفظ الجنائية على جرائم الحدود والقصاص^(٣) .

وإذا غرضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجنائية على
بعض الجرائم دون البعض الآخر ، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجنائية في
الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة .

ويختلف معنى الجنائية الاصطلاحية في القانون المصري عنه في الشريعة ، ففي
القانون المصري يعتبر الفعل جنائية إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة
المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، طبقاً للمادة العاشرة من قانون العقوبات
المصري ، فإذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع ، أو غرامة تزيد على
مائة قرش ، فالفعل جنحة ، فإن لم يزد الحبس على أسبوع ، أو الغرامة عن مائة
قرش ، فالفعل مخالفة ، طبقاً للمادتين ١١ ، ١٢ من قانون العقوبات المصري .

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائي لعلى بك بدوي جزء أول ص ٣٩ - الموسوعة
الجنائية جزء ثالث ص ٦ .

(٢) البحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٨٦ ، والزيلعي الجزء السادس ص ٩٧ .

(٣) تبصرة الحكماء جزء ثان ص ٢١٠ .

أما في الشريعة فكل جريمة هي جنائية ، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما ، وعلى ذلك فالحالفة القانونية تعتبر جنائية في الشريعة ، والجنحة تعتبر جنائية ، والجنائية في القانون تعتبر جنائية في الشريعة أيضاً .

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجنائية في الشريعة تعنى الجريمة أيًا كانت درجة الفعل من الجسامة ، أما الجنائية في القانون فتعنى الجريمة الجسيمة دون غيرها .

٤٣ - هذه التحريم والعقاب : والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو في تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، أو بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بمشاعرهم ، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها .

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها ، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه ، لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث ، فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوماً ونتيجة مرجوة ، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد في الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وإن شرعت المصلحة العامة فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي مفاسد ، ولكن الشريعة أوجبها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية ، وإلى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح ، بل لأدائها إلى المفسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع ، وقد نهى عنها لا لكونها مصالح ، بل لأنها تؤدي إلى إفساد الجماعة .

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جداً ، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد ، والإنسان بطبعه يؤثر مارجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجاً للطبيعة الإنسانية ، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه ، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يحلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة ، حمله ذلك على إتيان الفعل ، والصبر على المكروه والمشقة . فالعقوبات مقررّة لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة ، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة . وهذا مصداق قوله عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات » . ومن المسلم به أن هناك أناساً يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهي عنه ، لاحذرا من العقوبة ، ولا خوفاً من النكال ، ولكن حياء وخجلاً أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقاً لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

وخلاصة ما تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عليها ، لحفظ مصالح الجماعة ، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة ، والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها ، لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعاً ، ولا تنفع طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعاً ، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده ، ولم يرسل الرسل إلا رحمة للعالمين ، لاستنقاذهم من الجهالة ،

وإرشادهم من الضلالة ، ولكفهم عن المعاصي ، وبعثهم على الطاعة .

٤٤ — الشريعة والقانون : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة ، وصيانة نظامها ، وضمان بقائها .

ولكن الشريعة — بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر — تختلف عن القوانين الوضعية من وجهين :

٤٥ — الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون : تعتبر الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعايم التي يقوم عليها المجتمع ، ولهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق . أما القوانين الوضعية ، فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما ، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام ، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر ، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما ، لأن الزنا في هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام . أما الشريعة فتعاقب على الزنا في كل الأحوال والصور ، لأنها تعتبر الزنا جريمة تمس الأخلاق ، وإذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال . وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولا تعاقب على السكر لذاته ، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام في حالة سكرين ، فالعقاب على وجوده في حالة سكرين في الطريق العام ، لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه ، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ، ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال مفسد للأخلاق . أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التي تتسع كما نعلم لشتى المناحي والاعتبارات فإذا

صينت الأخلاق فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء وحفظ الأمن والنظام .

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه ، أن الشريعة تقوم على الدين ، وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق ، ويحث على الفضائل ، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة ، ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل ، ولا الزيادة والنقص ، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامى حريصة على حماية الأخلاق ، آخذة بالشدة من يحاول العبث بها .

والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق ، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين ، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليده . والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام ، وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم ، وضعفهم البشرى ، وزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود . كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة . فكان من الطبيعي أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئاً فشيئاً ، وأن يأتى وقت تصبح فيه الإباحية هى القاعدة والأخلاق الفاضلة هى الاستثناء ، ولعل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن .

ويترب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التى تكون الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها فى البلاد التى تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته فى هذه البلاد . أما البلاد التى تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ، وتتفشى الإباحية البهيمية ، وتفكش الإنسانية ، وتقل الأفعال التى تعتبر جرائم أخلاقية حتى لتسكاد تنعدم .

٤٦ - الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون : إن مصدر الشريعة

الإسلامية هو الله ، لأنها تقوم على الدين ، والدين من عند الله ، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين . ومن يراجع الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ما تشاء ، بل هي مقيدة في اعتبار الفعل جريمة ، وفي تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها ، فليس لها أن تحرم ما أحل الله ، ولا أن تحل ما حرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر ما دام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ - ما يترتب على كونه الشريعة من عند الله : ويترتب على كون

الشريعة من عند الله نتيجتان هامتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغيرت الأحكام أو اختلفت أنظمة الحكم ، فيستوى أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوى أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً ، فإن ذلك لن يؤثر على القواعد الشرعية في شيء ، ما ، لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل ، والذي يؤمن به كل حاكم . ويستخدم له كل نظام . وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يضيها الأحكام لحماية المبادئ التي يعتنقونها ، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها ، فإن هذه

القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفي طبيعتها عدم الاستقرار ، ويمكن أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم ، لتتغير القوانين وتقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوى في هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما يمتدّد أنها من عند الله، وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقربهم من الله طبقاً لقواعد الدين الإسلامي ، ولأن للصيانية يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة ؛ فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر مالها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا ، ولا شك أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا للشئون دنيائهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الله جل شأنه، أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهي حين تضعها تراعى مصلحتها دون غيرها من الفئات، وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها، والمبادئ التي يمتثلونها ، والأنظمة التي يقيمونها ، فإذا ما ذهب هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتحمي الفئة الجديدة، والمبادئ والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادئ والأنظمة التي يقوم عليها الحكم ، وهي لا تتغير بالتبادل بين حين وآخر ، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سعادته ، بل إلى عدم الاكتراث به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب السياسية تفرغ أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحكامه لتبذل من أجله إلى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة من التبرعات الهدامة حرج فيما يدعون إليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم، وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ، أو أنظمة هي شر في نظرهم،

ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوربية من تبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد ولو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية ، وأصبحت لا تساوى أكثر من الورق الذى كتبت عليه

ويجب أن لا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هي تقرير للواقع والمنطق ، فمن يؤمن بأن الدين الإسلامى من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، لأن الشريعة هي بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامى ، جمعت أحكامه من عبادات ، ومعاملات ، وأحوال شخصية وجنایات ، وغير ذلك . وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين ، وإنما وجدت الشريعة لخدمة بنى الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم ، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ، ولتيسير أمورهم . فنسبتها إلى الله لا تفيد جل شأنه شيئاً لأنه غنى عن خلقه ، وإنما تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار ، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة ، وتؤدى به إلى الحياة الطيبة القائمة على الحبة والإيثار ، والمساواة والعدالة .

٤٨ — الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية : لم يفرق الفقهاء بين الجريمة

الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم والعلة في ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات في الشريعة من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى . فالجرائم في الشريعة إما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازير ، والخطأ الإدارى إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كوّن الخطأ الإدارى جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ، عوقب عليه بهذه العقوبة ، ومحكمة الجانى جنائياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة للجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون

إلا عقوبات تعزيرية ، وهى عقوبات جنائية ، فكان الجانى يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات فى الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجانى وزجره .

وإذا كان الجانى موظفًا فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة ، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب ، وأن سببهما زوال صلاحية الجانى لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها ، لأن الوظائف فى الأصل لا يتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس مجرمًا ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولى الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة .

وإذا لم تكن الجريمة التى ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل فى التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمتها الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذى منتهجها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها الحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولـكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أى عقوبة جنائية ، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين فللمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية ، أن الفعل يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التى يمكن أن توقع فى الحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التى يمكن أن توقع فى الحاكمة الجنائية ، أى أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة .

والأسباب التى منعت من وجود الجريمة التأديبية فى الشريعة الإسلامية ، تتوفر بصورة عكسية فى دائرة القوانين الوضعية ، إذ الأصل فى هذه القوانين

أن العقوبات الجنائية تخالف العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد انتضى تباير العقوبتين والفاعلين أن يحاكم الجاني على الفعل مرتين إذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى ، كما لا تحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية ، ويملأون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن نظرية الشريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشريعية الحديثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدي إلى اختصار الإجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه .

٤٩ — الجريمة المريبة : عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية

ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التي نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسي .

والأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة^(١) ، وكل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه ، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه ، وإما تعويض مالى إذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه ، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة ، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة ، ولا يسمى بهذا الاسم ، وإنما هو فعل ضار ، وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله .

(١) أى غير مباحة .

وقد يكون الفعل جريمة يستحق الجاني عليها العقاب ، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارا فيضمنه الجاني للعجنى عليه ، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، وشرب خمر الذمى ، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب ، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما^(١)

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية . فهي تجعل الإنسان مسئولا مدنيا عن كل فعل ضار بغيره ، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك . فإن كان الفعل جريمة ، وكان ضارا في الوقت نفسه بالغير ، كان الفاعل مستحقا للعقوبة ، وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة .

ويصطلح شراح القانون المصرى على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية ، ولكن هذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل في دور المحاكم ، وهو قاصر على الكتب الفقهية . ولعل ذلك راجع إلى أن القانون المصرى يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار ، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسى .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

٥٠ — تتفق الجرائم جميعا في أنها فعل محرم معاقب عليه، ولكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة . وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة تختلف باختلاف وجهة النظر إليها .

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أودية، وتعازير، وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجاني قسمناها إلى جرائم عمدية، وجرائم غير عمدية، وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جرائم متلبس بها، وجرائم لا تلبس فيها، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية، وجرائم سلبية، وإلى جرائم بسيطة، وجرائم اعتياد، وإلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، وإذا نظرنا إلى طبيعتها الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة، وجرائم ضد الأفراد، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية .

التقسيم المبني على جسامة العقوبة

الحدود - القصاص والدية - التعازير

٥١ — تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة

أقسام :-

القسم الأول : جرائم الحدود :- وهي الجرائم المعاقب عليها بحد . والحد

هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى^(١) ومعنى العقوبة المقررة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لامن الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله في الشريعة كلما استوجبها المصلحة العامة ، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم ، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحقيق المنفعة ، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها .

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم . (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراقة (٦) الردة (٧) البغى . ويسمى الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها ، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تتميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة ، وحد الشرب ، ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد ، ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حد واحد ، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما ، ومعنى أنها حق للأفراد أن المجنى عليه أن ينفو عنها إذا شاء ، فإذا عفا أسقط العفو العقوبة المفقو عنها .

وجرائم القصاص والدية خمس (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجناية على مادون النفس عمداً (٥) الجناية على مادون النفس خطأ . ومعنى الجناية على مادون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب .

(١) فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٢ ، ١١٣ ؛ والإفتاح جزء رابع ص ٢٤٤ — الأحكام السلطانية ١٩٢ — ١٩٥ بدائع الصنائع ص ٣٣ ، ٥٦ .

ويتكلم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات ، متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال^(١) ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح^(٢) ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق الاعتداء ، كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء^(٣) عنواناً لهذا القسم .

القسم الثالث: جرائم التعازير : هي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزيز . ومعنى التعزيز التأديب ، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها ، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف الجرم فالعقوبات في جرائم التعزيز غير مقدرة .

وجرائم التعزيز غير محدودة كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية . وليس في الإمكان تحديدها . وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعتبر جريمة في كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة ، وتركت لأولى الأمر النص على بعضها الآخر ، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير ، ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام ، وأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة

(١) بدائع الصنائع السابع ص ٢٣٣ ، الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع - البحري على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع .

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١ - المغني ٣١٨ الجزء التاسع .

(٣) مواهب الجليل للخطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولى الأمر حق التشريع في هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة ، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة .

والفرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلاً مباحاً ، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

٥٢ - أهمية التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود ، وقصاص

أو دية ، وتمايز من عدة وجوه سنينها فيما يلي :

أولاً — من حيث العفو : جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً ، سواء من المجنى عليه أو ولي الأمر أى الرئيس الأعلى للدولة ، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغواً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من المجنى عليه ، فإذا عفا ترتب على العفو أثره ، فالمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية ، وله أن يعفو عن الدية أيضاً ، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجاني . وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه ، لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجنى عليه أو وليه ، لكن إذا كان المجنى عليه قاصراً ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه ، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولي من لا ولي له ، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولي المجنى عليه ، لا بأى صفة أخرى ، وبشرط ألا يكون العفو مجاناً .

وفي جرائم التعازير لولى الأمر أى رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية . وليس للمجنى عليه أن يعفو في التعازير إلا بما يمس حقوقه الشخصية المحضة . ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجنى (٦ التشريع الجنائي الإسلامى)

عليه من العقوبة أو الجريمة لا يكون نافذاً وإن أدى في الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجاني ، لأن للقاضي سلطة واسعة في جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة ، وتخفيف العقوبة .

ولاشك أن عفو المجنى عليه يعتبر ظرفاً مخففاً .

ثانياً — من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتهما المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها شيئاً ، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى ، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة .

وفي جرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني ، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجنى عليه عن القصاص أو تعذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجنى عليه عنها ؛ فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير . وله في التعازير — كما سنبين — سلطة واسعة .

أما جرائم التعازير فللقاضي فيها سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة ومقدارها فله أن يختار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والجرم ، وله أن ينزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

ثالثاً — من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على جرائم الحدود والقصاص والدية ، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجاني ؛ أما في جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها فللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة ، وأن ينزل بها إلى أدنى حدودها ، وله أن يوقف تنفيذها .

رابعاً — من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود

والقصاص عدداً معيناً من الشهود ، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة ، فجرمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود يشهدون الجريمة وقت وقوعها ، وبقيّة جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل .

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد .

ولا تعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم ، وإنما هي تقسم الجرائم غالباً إلى جنایات وجنح ومخالفات .

الفصل الثاني

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني

الجرائم المقصودة — الجرائم غير المقصودة

٥٣ - تنقسم الجرائم بحسب قصد الجاني إلى جرائم مقصودة وجرائم غير مقصودة :

(١) الجرائم المقصودة : هي التي يعتمد الجاني فيها إتيان الفعل المحرم وهو عالم بأنه محرم ، وهذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية . وللعمد معنى خاص في القتل ، وهو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته ، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتيجة كان الفعل قتلاً شبه عمد ، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـ « الضرب المفضى إلى الموت » .

(ب) الجرائم غير المقصودة : هي التي لا ينتوى فيها الجاني إتيان الفعل المحرم ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطأ منه ، والخطأ على نوعين^(١) :

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ ، المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٠ ، والزيلعي الجزء السادس ص ٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ . راجع أيضاً الفقرتين ٢٨٤ ، ٣٠١ .

النوع الاول — هو ما يقصد فيه الجانى الفعل الذى ادى للجريمة ولا يقصد الجريمة ولكنه مع ذلك يخطئ : إما فى نفس الفعل كمن يرمى حجراً ليتخلص فيصيب أحد المارة ، أو يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً . وإما أن يكون الخطأ فى ظنه كمن يرمى ما يظنه حيواناً فإذا هو إنسان ، أو يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد الوطنيين . وفى هذه الحالات يقصد الجانى الفعل ولا يقصد الجريمة ، ولكن خطأه فى فعله أو ظنه يؤدى إلى وقوع الجريمة .

النوع الثانى — هو ما لا يقصد فيه الجانى الفعل ولا الجريمة ، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياظه ، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله وكمن يحفر بئراً فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

٥٤ - أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير

مقصودة من وجهين :

أولهما — أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجانى ، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام ، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة .

ثانيهما — يتمتع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوفر ركن العمد ، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو عدم التثبت .

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهى تتفق مع الشريعة فى موضوعه وتأنجه .

الفصل الثالث

تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها
جرائم متلبس بها — وجرائم لا تلبس فيها

٥٥ - تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها .

الجريمة المتلبس بها : هي الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها ، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة ، وقد عرف قانون « تحقيق الجنايات المصرى » التلبس في المادة الثامنة بأن مشاهدة الجانى متلبساً بالجناية^(١) هي رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة ، ويعتبر أيضاً أن الجانى شوهد متلبساً بالجناية إذا تبعه من وقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب ، أو تبعته العامة مع الصياح ، أو وجد في ذلك الزمن حاملاً لآلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك في فعلها .

والجريمة التي لا تلبس فيها : هي التي لا تكشف وقت ارتكابها . أو التي يمضى بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير .

والمعروف لدى فقهاء الشريعة أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس طبقاً لوجهة « القانون المصرى » خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمه هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة .

(١) معنى لفظ « الجناية » هنا يتفق مع معنى الجناية في الشريعة الإسلامية وهو الجريمة .

٥٦ - أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية هذا التقسيم في الشريعة من وجهين :

أولهما — من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ، ورأوا الجاني وهو يرتكب الجريمة ، ويميز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين^(١) ينقلون عن شهداء الحادث ولا يميز هذا باقي الأئمة^(٢) .

ثانيهما — من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذ شهود الجاني وهو يرتكب الجريمة كان لأي شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة ، أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب الخمر والزنا ، وهذا ما يسمى : « حق الدفاع الشرعي العام » .

الفصل الرابع

المبحث الأول

جرائم إيجابية — وجرائم سلبية

٥٧ - تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية بحسب ما إذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب ، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأموراً به أو منهيّاً عنه .

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٤٩ . نهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣٠٧ . الاقناع

الجزء الرابع ص ٤٠٧ .

والجريمة الإيجابية : تتكون من إتيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية .

٥٨ - الجريمة الإيجابية تقع بطريق السلب . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب ، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة ، فمن حبس إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) ، أما أبو حنيفة^(٤) فلا يرى الفعل قتلاً ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلاً عمداً ، لأنه لا بقاء لأدنى إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاكاً له والأم التي تمتنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ، ولو أنها لم تأت بعمل إيجابياً^(٥) .

ومن منع فضل مائه مسافراً علماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .

(٣) المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٧ .

(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ والبحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٩٥

(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

اعتبر قاتل له عمداً وإن لم يل قتله بيده ، وهو رأى في مذهب مالك ^(١) .
ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمداً ^(٢) .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السرى ولم تربطه بعد قطعه
متمعدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك فحى قاتلة له ، ومن الممكن
اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضاً ربط الحبل السرى ، لأن القطع
غير مهلك في ذاته ، وإنما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعاً قد تعمذن ترك
الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعاً ^(٣) .

٥٩ - متى يعتبر الممتنع مسؤولاً؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع
لا يعتبر مسئولاً عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وإنما يسأل فقط حيث يجب
عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على
ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات
النظر مختلفة ، فمثلاً : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة
كلاء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه ^(٤) ، ويرى بعض الحنابلة
أنه مسئول ^(٥) ، وأساس هذا الخلاف هو : هل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟
ومن هذا القبيل المثل الذي ضربناه عن منع الماء .

٦٠ - الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل
بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء
من القرن التاسع عشر ، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن
إحداث الجريمة بالتارك . لأن التارك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكانت

(١) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .

(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص ٢٠٥ .

(٥) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً ، لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل ، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار ، أو أقدم على افتراسه سبع ، والأمثلة في الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

٦١ — الفرق بين الشريعة والقانون : ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة ، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقاً لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها . فالشريعة والقانون يتفقان تماماً في هذه النقطة .

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسئولاً عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يتمتع ، ولا شك أن الشريعة منطقية في هذا التوسع ، لأن الشرائع والقوانين جميعاً بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه ، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومعارف عليها من الجميع ، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق فأولى به أن يسأل عن

واجب يفرضه العرف ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات .
وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية
من القرن السابع ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر ،
فكان القوانين لم تجيء إلا بما سبقتها إليه الشريعة .

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

٦٢ — تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى
جرائم بسيطة وجرائم اعتياد :

الجريمة البسيطة : — هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ،
ويستوى أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ، وجرائم الحدود والقصاص
أو الدية كلها جرائم بسيطة .

وجريمة الاعتياد : — هي التي تتكون من تكرار وقوع الفعل ، أى أن
الفعل بذاته لا يعتبر جريمة ، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة .

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير . ويستدل عليها من النص
الحرم للفعل ، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة ،
وإن كان يكفي بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة .

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات وهذا متفق
عليه ، إلا أنهم اختلفوا في التعزير على فعل المكروه وترك المندوب^(١) ، فرأى

(١) المكروه هو ما طاب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم — والمندوب هو
ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم .

البعض أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقاً^(١) ، ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب^(٢) كلما دعت إلى ذلك المصلحة^(٣)

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان ، فإذا لم يتكرر فلا عقاب ، وإذن فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك في ذاته ، وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجاني جعل الفعل أو الترك عادة وإفأله ، ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية ، أى أن العادة عندهم تتكون من مرتين^(٤) وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب عوقب عليه فهو من جرائم العادة .

٦٣ — أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولاً من حيث مبدأ سريان التقادم : في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة ، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة . أما في جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة .

(١) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص ٢١ ، ٢٢ — الإقناع الجزء الرابع ص ٢٧٠ ، ٢٧١ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ بدائم الصنائع الجزء السابع ص ٦٣ .

(٢) المستقصى للقرائى ص ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن ص ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — بصرة الأحكام الجزء الثانى ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكنهم في الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة في التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة ، ولذلك أجيز لولى الأمر في جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة .

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٣ .

ثانياً - من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة ، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد . ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة^(١) .

ثالثاً - من حيث تطبيق قواعد التدخل : - الحكم في جريمة عادة يمنع من محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى ، لأن قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكم فيها بعد وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جميعاً طبقاً لقواعد التداخل . والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه .

وإذا حوكم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتقاد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية .

٦٤ - الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية في تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة ، وتتفق معها في تعريف جريمة العادة وفي أن العقاب، على الاعتقاد ، وفي مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين .

٦٥ - الجرائم التي تتكون من أفعال متوالية : قد يرتكب الجاني عدة

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقيم الجاني في دائرتها إذا كان العمل المكون للعادة قد وقع وحده في دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر إذ لا يمكن أن يعتبر محلاً للجريمة إلا المكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة ، فإذا لم تتوفر بالعادة في مكان معين فإنها تتوفر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته .

أفعال من نوع واحد تنفيذاً لغرض جنائى واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات . أو بضرب شخصاً ضربات متعددة . وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة طبقاً للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة فن سرق منزلاً على دفعتين أو أكثر يعتبر مرتكباً لجريمة سرقة واحدة . ومن ضرب شخصاً أكثر من ضربة يعتبر مرتكباً لجريمة ضرب واحدة .

٦٦ - الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة :

تختلف الأفعال المتلاحقة عن جريمة العادة في أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا يعاقب على فعل واحد منها لأنه لا يكون الجريمة ، أما في الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أى فعل منها ، لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره ، فمن اتوى أن يسرق بيتاً على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضاً آخر . ولكنه لم يعد يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة ، كما لو عاد وأخذ أمتعة في مرة أخرى أو أكثر .

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة تتعدد فيها الأفعال ، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقتة تتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتاً طويلاً أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت .

٦٧ - العدة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة : تعتبر الأفعال

المتلاحقة مكونة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد . وتكتفى بعقوبة واحدة عليها طبقاً لقاعدة التداخل ، وهذا يقتضى من باب أولى اعتبار الأفعال المتلاحقة الصادرة تنفيذاً لغرض جنائى واحد جريمة واحدة . كما إن وقوع هذه الأفعال تنفيذاً لفكرة واحدة ولغرض جنائى واحد يجعل منها جريمة واحدة .

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم مؤقتة - وجرائم غير مؤقتة

٦٨ - سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم : لم يذكر الفقهاء شيئاً عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وعلّة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الأفعال المكونة لها ، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها ، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة ، فلم يكن هناك إذن ما يدعو للفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة .

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت ، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم ، لأن للسلطة التشريعية سلطان كبير فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها ، وتعيين العقوبة الواجبة عليها ، وآراء السلطات التشريعية في جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات ، فما قد تبيحه سلطة تشريعية في بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى في بلد آخر ، وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر ، ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلاً كما اهتموا بجرائم الحدود ، واكتفوا ببحث بعض الأحكام الهامة الثابتة التي لا تتغير بتغير البلاد والسلطات .

أما الآن وقد أصبحنا نحصر على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير ، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة .

٦٩ - جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والظاهر من تتبع جرائم

التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذي يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع يحدث في وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشيء خفية ، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذي تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ، ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإنتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ومثال ذلك حبس شخص دون حق ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه ، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه .

٧٠ - مقاييس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة : ونصوص التشريع

هي وحدها التي تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه الفصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها ، فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغى في هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها ، فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهي جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرارا للسرقة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهي جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً

للجريمة ، وإنما هو استمرار لنقيجتها ، إذ السكر نتيجة الشرب ، ومضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدث الجرح ، فإذا بقي الجنى عليه تحت العلاج مدة مّا فذلك ليس استمراراً للجريمة ، وإنما هو أثر من آثار الجريمة . ونتيجة لها .

٧١ — تقسيم الجرائم غير المؤقتة : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة^(١)

فالجريمة المتجددة : هى التى يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجانى تدخلًا متكررًا مقصودًا ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففي هذه الحالات يأتى الجانى الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقي محرزا للسلاح . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجانى الذى يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

والجرائم المستمرة هى التى لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجانى ، بل يستمر الفعل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجانى . كحفر بئر فى الطريق . وإقامة بناء فى ملك الغير . أو خارجا عن خط التنظيم .

٧٢ — أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراراً متجدداً . وجرائم مستمرة استمراراً دائماً . وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التى استعملناها أكثر دقة وانطباقاً على المعانى المقصودة .

١ - من حيث الاختصاص : فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة المؤقتة هي المحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة ، لأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان . أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة غير المؤقتة ، فهي كل محكمة وقع في دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر ، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل في أمكنة متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة .

ب - من حيث التقادم : ففي الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطه للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة ، وفي الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ج - من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسري التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، ولكنها تسري على الجرائم غير المؤقتة التي بدأت قبل صدور التشريعات الجديدة ، إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات .

د - من حيث قوة الشيء المقضى به : يعتبر الحكم في الجريمة المؤقتة صادراً عن الواقعة التي عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملاً لها ، ولو كانت من نوع الواقعة التي صدر عنها الحكم ، وكذلك الحال في الوقائع التي حدثت بعد صدور الحكم .

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها ، جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة ، والعلة في هذه التفرقة أن قواعد التداخل تنطبق على الوقائع السابقة ، وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التي حكم فيها ، لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، ووضعت على أنها تسكن الضمير .

هذين المعنيين ، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة ^(١) .

أما في الجرائم غير المؤقتة ، فيعتبر الحكم شاملاً لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ، ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة ؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحدة ، ومن ثم فلا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التي لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم . أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم ، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة ، ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة .

— ٧٣ بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة ، كما تتفق معها فيما يترتب على التقسيم ، ولكن النظرية السائدة في القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التي صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها ، وعلّة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل ، وهى نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد ، وإن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها ، كما سيبين لنا عند الكلام على هذه النظرية

الفصل الخامس

المبحث الأول

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة - وجرائم ضد الأفراد

٧٤ — تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد .

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هى التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة ،

سواء وقعت الجريمة على فرد ، أو على جماعة ، أو على أمن الجماعة ونظامها . ويقول الفقهاء : إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله تعالى ^(١) ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة ، ولكنهم يجعلون العقوبة حقا لله ، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها ، أو تخفيفها ، أو إيقاف تنفيذها .

والجرائم التي تقع ضد الأفراد : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد ، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بصالح الجماعة . وتعتبر جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة ، ولو أنها في الغالب تقع على أفراد معينين ، وتمس مصالحهم مساسا شديدا ، كالسرقة والقتل ، وليس في اعتبارها ماسة بالجماعة إنكار لمساسها بالأفراد ، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد ، بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة .

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد ، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة ، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية ، وهما العقوبتان المقرتان أصلا للجريمة ، وقد أعطى له حق التنازل لأن الجريمة تمسه مساسا مباشرا ، فإذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجاني ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التي مست مساسا غير مباشر .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة ، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقا .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ، ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد ، وفي هذا يقول أحد الفقهاء : « ما من حق لأدى

(١) بدئ الصنائع الجزء السابع ص ٣٣ ، فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢ .

إلا والله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره»^(١) فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد ، وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم عادية وجرائم سياسية - أى بنى

٧٥ - التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية : فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البنى أى الجرائم السياسية ، ولكن الشريعة راعت في هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها ، والمحافظة على نظامها وكيانها ، فلم تعتبر كل جريمة ارتكبت لغرض سياسى جريمة سياسية ، وإن كانت قد اعتبرت بعض الجرائم العادية التى ترتكب في ظروف سياسية معينة جرائم سياسية .

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية في طبيعتها ، فكلاهما تتفق مع الأخرى في الحل والنوع والوسائل وإنما يختلفان في البواعث التى تبعث عليهما فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية ، أو تدفع إليها بواعث ، سياسية ، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية ، ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية ، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى .

٧٦ - متى نوجب الجريمة السياسية : ولا توجد الجريمة السياسية في الظروف

العادية ، فكل جريمة وقعت في الأحوال العادية ، هي جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها ، فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي اعتبرت جريمة عادية ، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة ، فإدام أن القتل وقع في أحوال عادية ، ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم علياً بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي ، فاعتبر القتل عادياً بالرغم من أن القاتل من الخوارج^(١) . وهذا هو رأي عليّ نفسه ، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده فإنه قال لولده الحسن : « أحسنوا إيساره ، فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضربة كضربتي » ولو لم يكن القتل عادياً لما اعتبر نفسه ولي الدم ، إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته^(٢) .

وإنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية ، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة . وفي حالة الحرب الأهلية ، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها ، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توفرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط ، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب ، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية ، وإنما هي جرائم عادية .

٧٧ - المجرمون السياسيون : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء

« البغي ، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » .

والبغاة كما يعرفها الفقهاء « هم القوم الذين يخرجون على الإمام^(٣) بتأويل سائع ولهم منعة وشوكة^(٤) » أوهم : « فرقة من المسلمين خالفت الإمام

(١) الخوارج فئة كانت تناهض علياً ولا تراه صالحاً للخلافة .

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .

(٣) رئيس الدولة أو حاكمها العام . (٤) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٤٩ .

الأعظم^(١) أو نائبه لأحد شيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي^(٢) ، أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر ، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل الحل والعقد ، واعتقاد ذلك ممن لا يعبا به ولا يعرف فإنه حق لخبر « من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية » . أو خالفته لخلعه^(٣) أى إرادتها خلعه أى عزله لحرمة ذلك عليهم وإن جار^(٤) .

وإذا كان الفقهاء قد اصطالحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة ، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذى لم يخرج عليه بأهل العدل .

٧٨ — الشروط التى يجب توفرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق ، الشروط التى يجب توفرها فى المجرم وعمله ليعتبر مجرماً سياسياً أو باغياً :

أولاً — الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما

(١) الخليفة أو الإمام الذى ليس بعده إمام أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية .

(٢) الأحكام المتعلقة بالله هى الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة والأحكام المتعلقة بآدمي هى ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد .

(٣) رأى الغالب فى المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن لإباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس — والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه ينزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلانها ، وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال : من قام على إمام يريد إزالة ما بيده إن كان — أى المقوم عليه — ممثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص ٤٢٩ ، والأحكام السلطانية ص ١٤ ، والإقناع الجزء الرابع ص ٢٩٢ (٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل الجزء الثامن ص ٦٠ .

عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية ، وإما الامتناع عن الطاعة ، فإذا توفر الغرض على هذا الوجه مع توفر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم سياسيا . أما إذا كان الغرض من الجريمة إحداث أى تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة ، كإدخال نظام غير إسلامي يخالف النظام ، أو تمكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد ، أو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول ، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله ، فإن الجريمة لا تكون بغيا أى سياسية ، وإنما هى إفساد فى الأرض ، ومحاربة الله ورسوله ، وهى جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية^(١) .

ثانيا — التأول : يشترط فى البغاة أى المجرمين أن يكونوا متأولين ، أى أن يدعوا سببا لخروجهم ، ويدللوا على صحة ادعائهم ، ولو كان الدليل فى ذاته ضعيفا ، كادعاء الخارجين على الإمام على ، بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطناته إياهم ، وكتأول بعض ما نعى الزكاة فى عهد أبى بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكتا لهم ، طبقا لقوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة - إلى قوله : وصل عليهم إن صلاتك سكنت ﴾ لهم ، فإذا لم يدعوا سببا للخروج ، أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا ، كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسبوا إليه شيئا ، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم ، فهم قطاع طريق يسعون فى الأرض بالفساد ، ولهم عقوبتهم الخاصة ؛ وليسوا بأى حال بغاة أو مجرمين سياسيين^(٢) .

ثالثا — الشوكة : - يشترط فى الباغى أى المجرم السياسى أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسه بل بغيره ممن هم على رأيه ، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١١ ، ١١٢ - المغنى الجزء العاشر ص ٥٢ - نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ - البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ .

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ ، ١٥٤ - شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٢ - نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ - المغنى الجزء العاشر ص ٤٩ .

الوصف ، فلا يعتبر مجرماً سياسياً ولو كان متأولاً^(١).

رابعا — الثورة والحرب : — ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة ، فإن وقعت الجريمة في غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية ، فهي ليست بغيا أى جريمة سياسية ، وإنما هي جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هي سنة على ابن أبي طالب في الخوارج ، فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوا وهو يخطب على منبره لا حكم إلا الله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم ، فرد على منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا تمنعكم مساجد الله : أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نبذوكم بقتال ، ولا تمنعكم النىء ما دامت أيديكم معنا ، أى ما دمتم لم تثوروا علينا^(٢).

٧٩ - حقوق البغاة ومسئوليتهم قبل الثورة : للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمى المشروع ، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم و يبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قاذفا حد . وإن كان سابا عزر ، وإن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية^(٣) .

وللبغاة حق الاجتماع ، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا فى مكان معين ، فلا سلطان لأحد عليهم ، ما داموا لم يتمتعوا عن حق ، أو يخرجوا عن طاعة ، وهذه أيضا

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٥٨ - الفرح الكبير الجزء العاشر ص ٧١ : ٧٢ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٤ .

(٣) الأحكام السلطانية ٥٨ . المغنى الجزء العاشر ص ٦٠ . أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ : ١١٤ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٧٦ .

سنة على بن أبي طالب في الخوارج ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان ، فولى عليهم عاملاً أقاموا على طاعته زمناً وهو لهم مواعد ، إلى أن قتلوه ، فأخذ إليهم على : أن سلموا إلى قاتله ، فأبوا ، وقالوا كلنا قتله ، فلما خرجوا عن الطاعة وجأهروا بالعصيان ، قاتلهم على^(١) .

ويشترط مالك والشافعي وأحمد أن يبدأ أهل البني بالقتال حتى يقتلوا أهل العدل وفي هذه الحال تستحل دماؤهم . أما أبو حنيفة فيكتفي بتجمعهم وامتناعهم ويرى في ذلك ما يكفي لقتالهم^(٢) .

٨٠ - حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها :

فإذا اشتعلت الثورة أوقامت الحرب الأهلية كان على ولي الأمر أن يقصدمن القتال ردع البغاة لا قتلهم وإفناءهم ، وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عن أدبر وهرب ، وأن لا يجهز عن جريحهم ، وأن لا يقتل أسيرهم^(٣) أو من ألقى سلاحه منهم ، وأن لا يصادر أموالهم ، وأن لا يستولى على نساءهم وأولادهم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « منعت دار الإسلام ما فيها »^(٤)

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولي الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التي في يد أهل العدل ، وماتلف منها في غير قتال فهو مضمون على متلفه ، وأما ما أتلفه أهل البني في ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر ،

(١) الأحكام السلطانية ص ٤٨ ، البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥٢ . المغني الجزء العاشر ص ٥٣ - ٥٨ ، نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٣ .

(٢) ٤١١ ج ٤ شرح فتح القدير .

(٣) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقي الأئمة ١٥٣ البحر الرائق ج ٥ .

(٤) الأحكام السلطانية ص ٤٩ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٢ : ١٥٣ . المغني ج ١٠ ص ٦٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ - شرح الزرقاني ج ٤ ص ٦١ : ٦٢ تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ .

وما أتلّفوه على أهل العدل في غير نائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عايهم ، وهم مسئولون عنه ، وهذا هو الرأى الراجح . أما الرأى المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلّفوه في الحرب ، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ، ولا تسقط غرما . أما حجة أصحاب الرأى الأول فهي أن الفتنة العظمى وقعت أيام على ومعاوية ، فأجمع الصحابة على أن لا يقام حد على رجل ارتكب محرماً بتأويل القرآن ، ولا يفرم مالا أتلّفه بتأويل القرآن ، ويحتجون كذلك بأن البغاة طائفة متمتعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلا تضمن ما أتلّفته على أهل العدل ، كما لا يضمن أهل العدل ما أتلّفوه ، ولأن تضمين أهل البغى يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ^(١) .

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التي ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاك للنفس والأموال ، فإن لولى الأمر - إن لم يعف عن جرائمهم - أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى في ذلك مصلحة ، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عند مالك والشافعى وأحمد ، لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير فأولى أن لا يباح قتل المستسلم ، أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة ويبيح قتل البغاة على أثر الظهور عليهم ، فالقياس عنده أن يقتل الباغى تعزيراً . وعلى كل حال فإن سلطة القاضى في الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات ، كما إن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها .

٨١ - عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الترمذية والإسلمية :

ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال ، فالجرائم التي

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٣ . شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦١ : ٦٢ الأحكام السلطانية ص ٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - المغنى ج ٨٠ ص ٦٠ : ٦١ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١ : ٦٢ .

يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عايتها بعقوباتها العادية ؛ لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التي ترتكب أثناء الثورة أو الحرب الأهلية ، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم ، والاستيلاء على البلاد وحكمها ، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها ، وإتلاف السكك والكبارى ، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هي الجرائم السياسية ، وتكتفى الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة ، وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وألقوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم ، وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعززم على خروجهم ، لاعلى الجرائم التي ارتكبوها أثناء خروجهم ، فعقوبة الخروج إذن هي التعزير ، وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهي القتل بالشروط التي ذكرناها سابقاً .

هذا هو حكم الجرائم التي تقع أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة ، أما الجرائم التي تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب ، فهذه تعتبر جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية ، ولو أنها وقعت أثناء الثورة أو الحرب ، كشرب الخمر ، والزنا ، وقتل أحد الثائرين زميلاً له أو سرقة ماله ^(١) .

٨٢ - بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : كانت القوانين

الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تعتبر الجريمة السياسية أشد خطراً من الجريمة العادية ، وكانت تعامل المجرم السياسى معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة ، فتعاقبه بعقوبات قاسية ، وتصادر ماله ، وتأخذ أهله بذنبه ، وتحرمه من الحقوق

(١) تكلمنا هنا عن البقى أى الجرائم السياسية بالقدر الذى بين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية . وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية . أما التفاصيل والدقائق فوضعها الجزء الثانى من كتابنا هذا حين تكلم عن البقى كجريمة من الجرائم الخاصة .

التي يتمتع بها المجرمون العاديون . ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية . وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الأوروبية ، وتعددت الانقلابات في النظم السياسية ، فأصبح الجرم السياسي ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق ، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هي في مجموعها أخف من العقوبات العادية

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية ، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض الجرم من الجريمة ، فإن كان يرمى إلى تحقيق غرض سياسى فالجريمة سياسية وإلا فهي عادية . وعيب هذا المذهب أنه يحكم الباعث على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة ، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بميزات لا يصح أن يتمتعوا بها - ورأى فريق آخر أن العبرة في تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة ، فلا تعتبر جريمة سياسية طبقاً لهذا الرأي إلا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها . وعيب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادية ، كالجرائم التي ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية .

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التي ترتكب في حالة ثورة أو حرب أهلية ، والجرائم التي ترتكب في الأحوال العادية ، واعتبروا الجرائم التي تقع في الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية ، أما الجرائم التي تقع أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهي جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية ، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية وإلا فهي جريمة عادية . وهذا الرأي هو الذى أقره معهد القانون الدولى .

والاتجاه الحديث في القوانين الوضعية يعتبر الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعى كجرائم الشيوعية والفوضوية جرائم عادية ، كما يعتبر كل الجرائم للناس باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم

والحكام ، وهذا هو الرأي الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة ١٨٩٢ حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين ، الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي^(١)

و يبين مما سبق أن أحدث الآراء في القوانين الوضعية تعتبر الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكم وشكل الحكم الداخلي فقط ، لا ضد النظام الاجتماعي ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول ، وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية ، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب ، وهذا يتفق تماماً مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرناً . ولا فرق بين الشريعة والقوانين في هذه النقطة إلا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية ، وتحديد الجرائم السياسية ، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها .

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٤٧ - ٥٣ . شرح قانون العقوبات للكتور ميس والسيد مصطفى ص ٨٩ - ٨٥ القانون الجنائي لعل بنوري ص ١٠١ - ١٠٢ .
أحمد مخرجت ص ٧٣ - ٧٦ .

القسم الثاني

من الكتاب الأول

الأركان العامة للجريمة

٨٣ - أركان الجريمة : قلنا في تعريف الجريمة إن الجرائم محظورات شرعية
ترجر الله عنها بحد أو بتعزير ، وأن المحظورات هي : إما إتيان فعل منهي عنه ،
أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية ؛ لأنها يجب أن
تكون محظورة بنصوص الشريعة ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة
إلا إذا كان معاقباً عليه

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لـ كل عاقل
فاهم التكليف ، إذ التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال
كالجماد والبهيمة ، ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من
كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للشواب والعقاب ، كالجنون والصبي الذي لا يميز فهو
في عجزه عن فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب ، ومن
ثم يتعذر تكليفه ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب
فهو يتوقف أيضاً على فهم تفاصيله^(١) .

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لا بد من توفرها وهذه
الأركان ثلاثة :

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص ٢١٥ جزء أول ، المستقصى للفرالي جزء

١ — أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها ، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعى للجريمة .

٢ — إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً ، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادى للجريمة .

٣ — أن يكون الجانى مكلفاً أى مسئولاً عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبى .

هذه هى الأركان العامة التى يجب توفرها بصفة عامة فى كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغنى عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية فى السرقة ، وركن الوطء فى جريمة الزنا ، وغير ذلك من الأركان الخاصة التى تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة أن الأركان العامة واحدة فى كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف فى عددها ونوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة . ولكننا رأينا مجازاة للتطور الحديث فى التأليف أن نبحت الأركان العامة فى القسم الجنائى العام ، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائى الخاص الذى يتناول الكلام على الجرائم . واحدة بعد واحدة ، بصفة خاصة .

الباب الأول

الركن الشرعى للجريمة

٨٤ - توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ، ويعاقب على إتيانه ، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعى للجريمة .

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع فى أى وقت وفى أى مكان ومن أى شخص ، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذى حرّمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل ، وأن يكون ساريا على المكان الذى اقترف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذى اقترفه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم .

فالكلام على الركن الشرعى يقتضى بحث المواضيع الآتية وسنخصص لكل منها فصلا خاصا :

- ١ - النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية .
- ٢ - سرّيان النصوص الجنائية على الزمان .
- ٣ - سرّيان النصوص الجنائية على المكان .
- ٤ - سرّيان النصوص الجنائية على الأشخاص .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أى الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥ - الكلام على الأنظمة الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على :-
أولاً - الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة - ثانياً - أدلة الأحكام
الجنائية الشرعية أى مصادر التشريع الجنائى - ثالثاً - تفسير الأحكام
الجنائية - رابعاً - تعارض الأحكام أى النصوص ونسخها وبطلانها -
خامساً - علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية . وسنخصص لكل
واحد من هذه المواضع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

٨٦ - تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أى النصوص إلى نوعين :
أحكام تكليفية ، وأحكام وضعية .

فالحكم التكليفى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو
تخييره بين فعل والكف عنه ^(١) . ويسمى هذا الحكم تكليفيًا ؛ لأنه يتضمن إلزام
المكلف إتيان فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ إِنِ اللّهُ بِأَمْرِكُمْ أَن تُوَدُّواْ الأماناتِ إِلَى

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٨١ وما بعدها - المستصنى
للفزائى الجزء الأول ص ٦٥ وما بعدها - أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ .
(٨ - التشريع الجنائى الإسلامى)

أهلها وإذا حكتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴿ النساء : ٥٨ ﴾ أو إلزام المكلف الكف عن فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] وقوله ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء : ٣٣] أو تخيير المكلف في إتيان الفعل والكف عنه ، مثل قوله تعالى : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ [الإسراء : ٣٣] والحكم الوضعي هو ما اقتضى جعل شيء سبباً لشيء ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، وسمى الحكم وضعياً لأنه يقتضى :

١ — وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] وقوله ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سبباً لجلد الزاني

٢ — أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله تعالى : ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ [النور : ١٣] فهذا الحكم يقتضى اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا . ومثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا قطع إلا في ربع دينار » فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر .

٣ — أو يقتضى وضع موانع من أحكام مثل قول الرسول : « لا قطع في ثمر معلق » . فهذا الحكم يقتضى جعل تعليق الثمر أى عدم حصد الحاصلات والثمار مانعاً من القطع في سرقته . ومثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ميراث لقاتل » فهذا الحكم يقتضى جعل القتل الحاصل من الوارث مانعاً له من الإرث^(١)

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الجزء الأول ص ٨١ وما بعدها — المستصفي للفرزالي الجزء الأول ص ٩٣ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ وما بعدها .

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين : أولهما : أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه . أما الحكم الوضعي فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير ، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع . ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائماً في مقدور المكلف ، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء ؛ أما الحكم الوضعي فقد يكون أمراً في مقدور المكلف ، وقد لا يكون في مقدوره .

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فهذا النص يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة ، ويشتمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق .

وليس يهمننا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل . أما الأحكام التكاليفية الخيرة فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، ولا يعتبر إتيانها أو تركها جريمة ، على الرأي الراجح .

وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمننا الحكم الوضعي ، سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً ؛ لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها .

٨٧ — قواعد أصولية شرعية : من القواعد الأساسية في الشريعة

الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها .

وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضى بأن : « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة » أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية ، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه .

وهاتان القاعدتان^(١) تؤديان معنى واحداً هو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك . ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها ، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً ، فإن المعنى الذى يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضى بأنه : « لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به ، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله »^(٢) .

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توفرها في المكلف أى الشخص المسئول ، والشروط الواجب توفرها في الفعل المكلف به .

فأما المكلف فيشترط فيه أولاً : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف ، أى أن يكون فى استطاعته فهم النصوص الشرعية التى جاءت بالحكم التكليفى : لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمثل ما كلف به .

ثانياً : أن يكون أهلاً لما كلف به أى أن يكون أهلاً للمسئولية وأهلاً للعقوبة .

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية . والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإجابة تستدعى مبيحاً والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة . فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها .

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو أن لا حرج فى إتيان الفعل . وقد كان هذا الخلاف سبباً فى وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين . ومن شاء أن يستزيد فليراجع الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٣٠ وما بعدها . والمستصطفى للفرزلى ج ١ ص ٦٣ وما بعدها . ومسلم الثبوت ج ١ ص ٤٩ ، والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ .

أولاً : أن يكون ممكناً ، فلا تكليف بمستحيل .
ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف أى في قدرة الشخص إثباته أو تركه .
فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .
ثانياً : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف
علماً تاماً يحمله على الامتثال ، والعلم التام الذى يحمله على الامتثال يقتضى :
(١) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر
نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه .
وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أن لاجرمية بلا نص ينشر على الناس .
(ب) أن يكون فى الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان
وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط
على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة .
وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعنى — كالتقاعدين السابقتين
أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص .

٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التى
تقطع بأن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص فى الشريعة الإسلامية ، لا تستند فيما
جاءت به إلى العقل والمنطق ، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التى تأمر
بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف ، وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة
فى هذا المعنى ، منها قوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾
[الإسراء : ١٥] وقوله : ﴿ وما كان رَبُّكَ مُهِلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ
رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾ [القصص : ٥٩] وقوله : ﴿ ثَلَاثًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ
حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾ [النساء : ١٦] وقوله : ﴿ لَا نُنذِرُكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ ﴾ [الأنعام : ١٩]
وقوله : ﴿ لَا يَكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ
كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة

فى أن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله ، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه .

٨٩ - متى وجدت قاعدة بوجرمية وروى عقوبة بها نص ؟ : وجدت هذه القاعدة فى الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، حيث جاءت فيها نصوص القرآن كما بينا ، وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التى لم تعرف هذه القاعدة إلا فى أعقاب القرن الثامن عشر الميلادى ، حيث أدخلت فى التشريع الفرنسى كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية ، وقررت لأول مرة ، فى إعلان حقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسى إلى غيره من التشريعات الوضعية .

٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة فى الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . ودلنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التى تقر القاعدة ، وإيراد القواعد الأصولية التى وضعت تطبيقاً لهذه القاعدة العامة ، وإذا كانت الشريعة تقضى بتطبيق القاعدة على كل الجرائم فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد فى كل الجرائم ، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . وسنرى فيما يلى كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود

٩١ - أثر القاعدة فى جرائم الحدود : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً فى جرائم الحدود ، وهذا ظاهر بجلاء من

تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم .
وجرائم الحدود سبع :

- (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .
(٤) السرقة . (٥) الحرابة .
(٦) الردة . (٧) البغى .

ففي جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا ﴾ [الإسراء : ٣٢]
ويقول : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور : ٢]
ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا : البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه
النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم ، وهي كل العقوبات
المقررة للزنا في الشريعة .

وفي جريمة القذف يقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ
الْفَاسِقُونَ ﴾ [النور : ٤] فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصاية
هي الجلد ، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة ، وليس للقذف
في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

وفي جريمة الشرب يقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ
رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه
وسلم : « كل مسكر حرام » ، ويقول : ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه
النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات .

أما العقوبة فقد عين النبي صلى الله عليه وسلم نوعها بقوله : « اضربوه »
ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديداً قاطعاً . وقد روى عنه أنه

ضرب أربعين في الخمر ، وروى عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد ، وفي عهد عمر - رضي الله عنه - أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على القاذف ؛ لأن الشارب إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى . فالعقوبة إذاً تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة . وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع ، أى أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة .

وفي جريمة السرقة يقول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبَا نكالاً من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها .

وفي جريمة الحراقة يقول الله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ريسعون في الأرض فساداً أن يُقَتَّلُوا أو يَصَلَّبُوا أو يُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الحراقة والسعى بالفساد في الأرض ، ويعاقب على ذلك بالنقي والقطع والقتل والصلب .

وفي جريمة الردة يقول الله تعالى : ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ﴾ [آل عمران : ٨٥] ويقول : ﴿ ومن يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عن دينه فَيَمُتْ وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة ﴾ [البقرة : ٢١٧] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ويقول أيضاً « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل .

وفي جريمة البغى يقول الله تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم

وأمركم على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه »
ويقول: « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع ، فاضربوه
بالسيف كائناً من كان » . فهذه النصوص تحرم بغى طائفة على طائفة ، وتجعل
جزاء البغى القتل والقتل حتى يفيء الباغى ويرجع عن بغيه .

هذه هي جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على
عقوبتها ، بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث
لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها ، حتى ليسكن
القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكماً ، وإن كان بعضها يتحمل بطبيعته
أن يكون ذا حدين . فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل
غيرها بها أو يوقف تنفيذها . ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو الجرم أى أثر
على عقوبات جرائم الحدود ، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن
هذه العقوبات ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى ،
إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار ، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها .

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

٩٢ — أثر الفاعلة في جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة

أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم القصاص والدية ، وليس
أدل على ذلك من استعراض النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد ، وإتلاف الأطراف
عمداً ، والجرح العمد .

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عني عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعى ، ثم القتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وإتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ .

ففي جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ [الإسراء: ٣٣] ويقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ : الْحَرْ بِالْحَرْ ، وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ ، وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عُتِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قَوْدٌ به إلا إن رضى ولى المقتول » ويقول : « من قتل له قَتِيلٌ فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ : إِنْ أَحْبَبُوا فَالْقَوْدُ - أَى الْقَصَاصُ - وَإِنْ أَحْبَبُوا فَالْعَقْلُ أَى الدِّية » . ويقول : « فِى النَّفْسِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبْلِ » .

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولى القَتِيل على الدية ، فتكون العقوبة الدية ، وهى مائة من الإبل .

وفى جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولَى الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٩] ويقول: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] ويقول : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ . [البقرة : ١٩٤] ويقول : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص صريحة فى تحريم إتلاف الأطراف والجراح ، وفى جعل عقاب الجريمة القصاص فى حالة العمد .

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن في قتل عمد الخطأ : قتيل السوط ، والعصا ، والحجر ، مائة من الإبل » ؛ فهذا النص يحرم القتل شبه العمد ، ويعاقب عليه بالدية .

وفي جريمة القتل الخطأ يقول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدّقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله علماً حكيماً ﴾ [النساء: ٩٢] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفي دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنو مخاض » فهذان النصفان يحرمان القتل الخطأ ، ويقاقبان عليه بالدية ، ويبينان مقدارها وأوصافها .

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة ، وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية فقال صلى الله عليه وسلم : « في الأنف إذا أوعب عارنه جدعا الدية » وقال : « وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية » وقال : « في الصلب الدية » وقال : « في اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية » وقال : « في الأثنين الدية » وقال : « في الأذنين الدية » وقال : « في العين خمسون من الإبل » وقال : « في السن خمس من الإبل » وأوجب الرسول الدية في إذهاب المعاني ، كالسمع والبصر والعقل .

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض ، فجعل أرش الموضحة حساً من الإبل ، وأرش الهاشمة عشرين من الإبل ، وفي الآمة والدامغة ^(١) ثلث

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج والموضحة : هي التي تكشف عن العظم . والهاشمة : هي التي تهشم العظم . والآمة : هي التي تصل إلى الجلد التي تقطى المخ . والدامغة : هي التي تصل إلى المخ نفسه . ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على

للدية ، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية .

والقاعدة العامة في الشريعة : أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشاً^(١) فيه حكومة ، وهى ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للتلانف أو الجرح الذى يليه فى الشدة . وهذه القاعدة جمع عليها من الأة .

والدية فى قطع الأطراف والجراح العمدية هى نفس الدية الواجبة فى الخطأ ولسكنهما يختلفان فى الوصف ، فدية العمد مغلظة ، ودية الخطأ مخففة طبقاً لأحاديث الرسول وفعله .

وإذن فالعقوبة فى إتلاف الأطراف محددة تحديداً لا شك فيه بنصوص صريحة فى معظم الأحوال ، و بإجماع لا شك فيه فى بقية الحالات ، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعى من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح .

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها ، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضى حرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها ، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجانى هو الذى ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجانى .

ويلاحظ أن سلطة القاضى فى جرائم القصاص والدية تماثل سلطته فى جرائم الحدود . ولا تفتقر عنها إلا فى أن القاضى ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجنى عليه أو وليه ، وأن يطبق العقوبة التى

على جراح الرأس والوجه . أما ما عدا ذلك فيسمونه جراحاً إلا ما يصل للتجويف الصدرى والبطنى فيسمونه جائفة .

(١) يطابق لفظ الدية على الدية الكاملة : ويطابق لفظ الأرش على بعض الدية .

توجيها الشريعة أو توجيهها ولى الأمر في حالة العقو عن القصاص والدية .

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة ؛ لأنها محددة النوع والمقدار ، ولكنها مقدرة حقا للأفراد ، ومن ثم كان للمجنى عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه ، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه ، أما ولى الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما ، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ؛ لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد^(١) وإن كان عليه أن يستوفيهما لأن استيفاءهما من مقتضيات وظيفته .

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق الآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم ، وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد إنما تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد . وفي هذا يقول أحد الفقهاء : [ما من حق لأدى إلا والله فيه حق لذ من حق الله على كل مكاف ترك أذاه لغيره] راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ . فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد ولذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد ؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد ، أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

والأصل في الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد ، كعقوبة القصاص والدية فلمهم أن يتسكوا بها أو يتنازلوا عنها . فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم . وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة ونسبة الحق لله لا تنفيده جل شأنه شيئا ، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق ؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه .

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

٩٣ - أثر القاعدة في جرائم التعازير : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطقي أن تطبقها ؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها ، ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقته به على جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، ولم تنقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم ، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضى هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر .

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة ؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضى كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، فللقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها ، وللقاضى أن يخفف العقوبة وأن يغلظها .

وجاء التوسع على حساب الجريمة ؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة أن لا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام .

٩٤ - ما هو التعزير ؟ : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير ؟ والتعزير : هو تأديب على

ذنوب لم تشرع فيها الحدود^(١)، أى هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأياها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود^(٢) من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب، ولكنه يختلف عنها من وجهين^(٣) :-

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا يحصى من توقيعها على الجانى ، أما فى التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، والقاضى أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها ، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى فى ذلك ما يكفى لردع الجانى وتأديبه .

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولى الأمر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولى الأمر العفو عنها كلها أو بعضها .

٩٥ - الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير : لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان ، كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام . وتركت لأولى الأمر فى الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها . وأن يضمنوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ، ويعاقبوا على مخالفتها . والقسم الذى ترك لأولى الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذى نصت عليه الشريعة وحدته . ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٩

(٢) المقصود بالحدود: العقوبات المقدرة وهى المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

٩٦ — أقسام التعزير : ينقسم التعزير ثلاثة أقسام (١) تعزير على المعاصي .

(٢) وتعزير للمصلحة العامة (٣) وتعزير على المخالفات

والأول فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ويعتبر إتيانها معصية .
والثاني فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها . ولا يشترط
في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية — والثالث فرض على أفعال حرمتها
الشريعة بذواتها ويعتبر إتيانها مخالفة ولا يعتبر معصية .

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل في القسم الأول يكون محرماً
دائماً ومعتبراً معصية ، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرماً إلا إذا توفر فيه
وصف معين ؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية ، أما في القسم الثالث فيكون الفعل
مأموراً به أو منهيًا ، ولكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية .

القسم الأول

في التعزير على المعاصي

٩٧ — التعزير على المعاصي : من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل

معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي^(١) ، ومعنى
أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها ، ومعنى أنها لحق آدمي
أنها تمس حقوق الأفراد .

والمعاصي هي إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه
من الواجبات .^(٢)

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٠٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ — المغني والشرح

الكبير ج ١٠ ص ٣٤٧ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ — الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) المعنى الفنى للمعصية يقابل تماماً بالمعنى للجريمة في استعمالنا القانوني .

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتماً ، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ أو أن يكون النهى عن الفعل مقترباً بما يدل على أنه حتم مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ﴾ وقوله : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ . أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترباً بذلك ، نحو قوله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ أو أن يكون طلب الكف مقترباً بترتيب عقوبة مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلباً حتماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحميم فعله ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ﴾ . ومثل قوله : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حَكَمْتُم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ .

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً غير حتم ، فإن كان الطلب حتماً فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن المندوب ، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلباً غير حتم ، فإن كان الطلب حتماً فهو الواجب .

وقد يشبه المحرم بالمكروه ، ويشبه الواجب بالمندوب ، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فإن دلت القرائن على الكف الحتم فهو المحرم ، وإن دلت على الفعل الحتم فهو الواجب ، أما إذا دلت على الكف غير الحتم فهو المكروه ، وإن دلت على الفعل غير الحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب مالم يُستفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا يعرف بعض علماء الأصول المحرم

بأنه ما استحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ، ويعرف المكروه : بأنه ما لا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم ، ويعرف المندوب : بأنه ما لا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهى تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر^(١) .

٩٨ - أنواع المعاصى : يقسم الفقهاء المعاصى إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما فيه الحد^(٢) وقد تضاف إلى حد الكفارة ، مثل القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع ، وجرائم القصاص والدية وعددها خمس ؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هى التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أى بعقوبة مقدرة .

والأصل فى هذا النوع من المعاصى أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير ، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة .

فمالك يرى تعزير الجانى مع عقوبة القصاص فى الجنابة عمداً على ما دون النفس^(٣) ، وحجته فى هذا أن القصاص جعل مقابلاً للجريمة ، وهو حق المجنى عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير فى القتل العمد ؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع^(٤) .

وفى مذهب الشافعى يميزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاد

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٦٠ - ١٧٤ ، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٧٩ - ٨٩ .

(٢) المقصود بالحد هنا العقوبة .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

مه ، فإن عليه الدية وهى حد وعليه التعزير ، وكلا زيادة على الأربعين فى حد الشرب ؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة ، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير ، وكتعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير^(١) .

وفى مذهب أحد يميزون تعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها^(٢) ، ومعنى هذا أنهم يميزون أن يجتمع مع الحد التعزير .

وفى مذهب أبى حنيفة يعتبرون التغريب المقرر للزانى غير المحصن تعزيراً لاحدا ، ويميزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يميزون اجتماع الحد مع التعزير^(٣)

النوع الثانى : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء فى نهار رمضان والوطء فى الإحرام .

والكفارة فى أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطبق الصوم ، وإذا فرضت على معصية فهى عقوبة خالصة ، كالكفارة فى القتل الخطأ والظهار ، والكفارة فى هذا تشبه المال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما فى حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية .

والمعاصى التى تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلهما إفساد صيام ،

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٦ .

أو إفساد إحرام ، أو حنث في يمين ، أو وطء في حيض أو ظهار^(١) .

ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي ، فيرى البعض أن لا تعزير فيه ؛ اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز أن يجتمع مع الكفارة التعزير^(٢) .

النوع الثالث : مالا حد فيه ولا كفارة ، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلو بها ، والشروع في السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع مالا يدخل تحت النوعين السابقين ، فيدخل تحته معظم المعاصي ، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لاتعد كثرة ؛ لأنها غير محصورة .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير رأى لاقوبة عليه إلا التعزير .

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة ، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة^(٣) :

١ - نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، كالسرقة من غير حرز وسرقة مادون النصاب ، والسرقة غير التامة ، فالسرقة شرع فيها الحد بشروط منها أن تكون من حرز ، وأن يكون المسروق نصاباً ، وأن تكون السرقة تامة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فلا حد . ومثل ذلك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلو وتقبيل وعناق . وهكذا كل ما شرع فيه الحد ولم تتوفر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير .

(١) عبرنا بهذه العبارات لتجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلاً من يرى الكفارة على الوطء في الحيض ، وهناك من لا يراها ، وهناك من يقول بالكفارة في الوطء في الصيام فقط ، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذى .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢١ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - تبصرة ج ٢ ص ٢٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

ب - نوع شرع فيه الحد ولكن، امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة في دبرها ، وسرقة المال المشترك ، وإما لسبب خاص بالجاني . كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه ، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها ، ويحل محل القطع التعزير .

ج - نوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد ، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصى والوكيل ، ومثل تطفيف المكيال والميزان وشهادة الزور ، وأكل الربا ، والسب والرشوة وغير ذلك .

٩٩ - ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي ؟ : والمعاصي سواء كان فيها حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفارة ، مبينة بياناً لاختفاء فيه في الشريعة الإسلامية وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة ، فالسبيل إلى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية ، هو الاطلاع والدراسة ؛ فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة ، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية ، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة ، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم . وليس بعيب الشريعة في أى شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد ، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها ، وإنما العبرة بالنص على الأفعال المعتبرة جرائم ، وعلى عقوباتها ، على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة . مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو مخطئها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها .

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصاً صريحاً حرماً ، ونصاً صريحاً يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقباً

عليها بالحد أو الكفارة ، أما إن كان معاقبا عليها بالتعزير فإنه يجد النص الذي حرّمها ، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها .
ولقد استعرضنا جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها ، وتحدد عقوباتها ، وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصي ، وهو النوع الذي فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا ، وبقي أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة ، والذي قلنا إن هناك خلافا على التعزير فيه ، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه ، نستعرض النوع الثالث من المعاصي وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة .

١٠٠ — المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصي هي إفساد الصيام ، وإفساد الإحرام ، والحنث في اليمين ، والوطء في حيض ، والوطء في ظهار ، وسنعرضها واحدة بعد أخرى .
إفساد الصيام : يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ [البقرة : ١٨٣] ويقول ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ الرِّفْثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ، هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ ، فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ ، وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ، وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ، وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ، تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ﴾ [البقرة ١٨٧] . وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكت يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتى في رمضان . قال : هل تجد ما تعقت به رقبة ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي بفرق

فيه تمر فقال : تصدق بهذا » . فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب ، وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، كفارة عن المعصية التي وقع فيها ^(١) .

إفساد الإحرام : يقول الله تعالى : ﴿ وَأَتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ، فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ، وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ ، فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ ، أَوْ صَدَقَةٍ ، أَوْ نُسُكٍ ، فَإِذَا أُمِيتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ ، وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ، تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ، ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرًا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ ﴾ [البقرة : ١٩٦] ويقول : ﴿ الْحَجَّ أَشْهَرُ مَعْلُومَاتٍ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾ [البقرة : ١٩٧] . ويقول : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة : ٩٥] . ويقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ ، وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعْدًا فَجْزَاءً مِثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ ، أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ﴾ [المائدة : ٩٥] ويقول : ﴿ يَا أَيُّهَا

(١) اختلاف الفقهاء في تطبيق النصوص المقررة للعقوبة ، فالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب ، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النصوص على حالة الجماع فقط . وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام ، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب ، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط ، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه ، وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النصوص على المرأة كما ينطبق على الرجل ، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل . كذلك يرى البعض أن النصوص تنطبق على حالة العمد فقط ، والبعض يسوى بين المتعمد والناسي . ويرى البعض في حالة تعدد الإفتار تطبيق قاعدة التداخل ؛ ولا يرى البعض تطبيقها ؛ ولكل فريق حججه ؛ ولا يرى ما يدعونهنا لسردها فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها - راجع بداية الجتهاد الجزء الأول ص ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الأول ص ٩٦ - والإقناع الجزء الأول ص ٣١٢ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ١٨٣ وما بعدها .

الذين آمنوا لا تُجِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ ، ولا الشَّهْرَ الحَرَامَ ، ولا الهَدْيَ ، ولا القَلَائِدَ ﴿ [المائدة : ٢] .

ومن السنة الثابتة ما يرويه كعب بن عجرة : أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه القمل في رأسه ، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه ، وقال له : « صم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين ، مدين لكل إنسان ، أو انسك بشاة » . ومن المتفق عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته ، وإنما قصد منه منع الزينة والترفيه ، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب ، ولبس الخيط ، وروى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الحرم : « لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين ، ولا يلبس من الثياب مامسه ورس أو زعفران » .

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على الحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم ، كالصيد والطيب والزينة بلبس الخيط^(١) . هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام ، وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه ، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام ، وما يجب عليه من عقوبة .

الحنف في اليمين : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجعلوا الله عرضةً لإيمانكم ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ويقول : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان ، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ [المائدة: ٨٩] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة « يا عبد الرحمن بن سمرة

(١) تفسير المنار ج ٢ ص ٢١٧ وما بعدها - بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - الهداية ج ١ ص ١٢٥ وما بعدها - الإقناع ج ١ ص ٣٥٥ وما بعدها .

لاتسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك» ولا شك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين، وتبيان عقوبة الفعل المحرم^(١).

الوطء في الحيض: يقول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْحَيْضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزَلُوا النِّسَاءَ فِي الْحَيْضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض، أنه يتصدق بدينار، وروى عنه بنصف دينار، وروى أيضاً في حديث ابن عباس هذا أنه إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار. وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسة دنانير.

ونص القرآن صريح في تحريم إتيان المرأة في الحيض، أما الحديث المروى عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة ديناراً على من وطئ الحائض^(٢). أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث؛ ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملاً بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل^(٣).

ويترتب على القول بعدم وجوب الكفارة أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا أحد فيها ولا كفارة، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها.

الوطء في الظهار: يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٢٩ وما بعدها - المذهب ج ٢ ص ١٥٠ وما بعدها - الهداية ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها - الإقناع ج ٤ ص ٣٣٧ وما بعدها.

(٢) الإقناع ج ١ ص ٦٤.

(٣) بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦ - الهداية ج ١ ص ١٨ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ٣٦ وما بعدها.

يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ﴿ [المجادلة : ٣ ، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة ^(١)

١٠١ — المعاصى التى لا حد فيها ولا كفارة : بينا فيما سبق أن المعاصى التى لا حد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه ، ونوع لم يشرع فيه . ولا في جنسه الحد . فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التى وردت بالتحريم فيهما ، وذلك عندما تكلمنا على النصوص التى جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصى ، ولو كان ما يدخل تحته محدوداً لاستعرضنا النصوص التى وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع ، ولكن الواقع أن المعاصى التى تدخل تحت هذا النوع غير محدودة ، ومن ثم قلن نستعرضها جميعاً ، وسنكتفى بعرض النصوص التى تحرم أهم المعاصى ؛ تدليلاً على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصى .

١ — تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾

(١) اختلف الفقهاء في تفسير معنى « يعودون لما قالوا » ففسرها مالك والشافعى وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوى وطأها أو لمسها أو ما معها ، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظواهرهم في الجاهلية . وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظاهر ثانية ، فمن لم يظاهر مرتين فليس بمائد ولا كفارة عليه . فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعى وأحمد جريمة بسيطة ، وبحسب تفسير الباقرين وعلى الأصح داود من جرائم العادة ، ولا تتكون إلا بمحصول الظاهر الثاني ، أما الأول وحده فلا يكون المعصية ، ومن ثم لم ترتب الكفارة إلا على الثاني — راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها — الهداية ج ٣ ص ١٤ وما بعدها — المهذب ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها — الانقاع ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

[البقرة : ١٧٣] ويقول : ﴿ حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب ، وأن تستقسموا بالأزلام ، ذلكم فسق ﴾ [المائدة : ٣] ويقول : ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم ﴾ [المائدة : ١] ويقول : ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾ [الأعراف : ١٥٧] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الكلب خبيث : خبيث ثمنه » . ويروى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول : ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله عن البغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل . وروى ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع ، وأكل كل ذي مخلب من الطير . وروى عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خمس يقتلن في الحل والحرم : الحية والفأرة والغراب الأبقع ، والحدأة والكلب العقور » .

٢ — خيانة الأمانة : يقول الله تعالى : ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ، فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً ﴾ [الأحزاب : ٧٢] ويقول : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تحزنوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ [الأنفال : ٢٧] ويقول : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيراً ﴾ [النساء : ٢] . ويقول : ﴿ فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ﴾ [النساء : ٦] ويقول : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ . [الإسراء : ٣٤] ويقول : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً ﴾ [النساء : ١٠] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء : ٢٩] وقال الرسول

عليه الصلاة والسلام : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا أؤتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وقال : « لا إيمان لمن لا أمانة له » ٣ — غش المكايل والموازن وغيرها : يقول الله تعالى : ﴿ ويل للمطففين الذين إذا ائكتوا على الناس يستوفون ، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ﴾ . [المطففين : ١ - ٣] ويقول : ﴿ أوفوا الكيل ولا تكونوا من الخسرين ، وزنوا بالقسطاس المستقيم ، ولا تنخسوا الناس أشياءهم ، ولا تعثوا في الأرض مفسدين ﴾ [الشعراء : ١٨١ - ١٨٣] .

٤ — شهادة الزور : يقول الله تعالى : ﴿ ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ويقول : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] ويقول : ﴿ والذين لا يشهدون الزور ﴾ [الفرقان : ٧٢] وقال : ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [الحج : ٣٠] ويروى أبو بكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ » وكررها ثلاثا . قلنا : بلى يا رسول الله قال : « الإشراك بالله وعقوق الوالدين » - وكان متكئا فجلس فقال : « ألا وقول الزور ، وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت .

٥ — أكل الربا : يقول الله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا » [البقرة : ٢٧٥] ويقول : ﴿ يحق الله الربا ويربى الصدقات ﴾ [البقرة : ٢٧٦] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا ، فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ،

[٢٧٩] ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ ﴿آل عمران: ١٣٠﴾ ويقول: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّهَا لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» .

٦ - السب : يقول الله تعالى : ﴿لَا يَحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مِنْ ظُلْمٍ﴾ [النساء : ١٤٨] ويقول : ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام : ١٠٨] ويقول : ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة : ١٩٠] ويقول ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ ، وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَ خَيْرًا مِنْهُنَّ ، وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ ، وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ ، بئسَ الاسمُ الفسوقُ بعدَ الإيمانِ﴾ [الحجرات : ١١] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره» وقال : «بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله» وقال : «إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق» وقال «سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر» .

٧ - الرشوة : يقول الله تعالى : ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُونَ لِلْسُّحْتِ﴾ [المائدة : ٤٢] ويقول : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لْتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة : ١٨٨] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لعن الله الراشئ والمرتشئ والرائش الذي يمشی بينهما» وقال : «لعن الله الراشئ والمرتشئ في الحكم» وقال : «هدايا الأمراء غلول ، وهدايا الأمراء سحت» ويروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله بعث ابن التبية على الصدقة فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدي لي ،

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « ما بال أقوام نستعملهم على ماؤلانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي لى ، فهلا جلس فى بيت أيبه فنظر أيبه لى أم لا ؟ » .
 ٨ - ألعاب القمار والميسر : يقول الله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] .

٩ - دخول المساكن بغير حق : يقول الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ﴾ [النور : ٢٧] ويقول : ﴿ ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم ﴾ [النور : ٢٩] .

١٠ - التجسس : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ [الحجرات : ١٢]

هذه هى عشر جرائم من أهم جرائم التعزير ، استعرضناها والنصوص التى وردت فيها ، وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التى حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه ، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ما حرمته الشريعة نصا يعين الجريمة ويحددها ، وفى هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت فى المعاصى التى يعاقب عليها بحد أو كفارة ، وفى هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص على كل الأفعال التى حرمتها .

١٠٢ - ظنونه لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضى تلك المهمة ، ورتبوا على هذا الظن الخطأ أن سلطة القاضى فى التعزير سلطة تحكيمية ، وأن جرائم التعزير وعقوباتها غير منصوص عليها . وأنها متروكة لتقدير القاضى ، فإن رأى أن يستطب على الفعل عاقب ولو أنه لم يحرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطق هؤلاء باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

والله أعلم بالصواب .

فكتب الشريعة مركزة العبارة ، تصاغ عبارتها عادة في دقة بالغة حتى لتبلغ في تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة ، وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة ، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية فن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة ، فلا شك أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهماً صحيحاً ، وهذا هو الذي حدث فعلاً للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها ، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجه الصحيح ، ولو فهموه على وجه لعلوا أن الشريعة حددت الأفعال المعتبرة معاصي وعيبتها ، وأن الشريعة توجب على القاضى قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا ، فإن وجده معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا ، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير ، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكما للجريمة والمجرم ، أما إذا وجد القاضى أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة . وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلاً ما ، معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك ، وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقرها الشريعة وإلا كان محرماً ما أحله الله ، مبيحاً ما حرمه وقائلاً على الله بغير علم .

١٠٣ - نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير : ونستطيع أن نبين صحة ما قلناه

من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير . فهذا فقيه حنفى يقول : « التعزير يكون في كل معصية الخ ، وليس فيه شيء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنایات الناس وأحوالهم » ^(١) . وهذا فقيه شافعى يقول : « من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزز على حسب ما يراه السلطان » ^(٢) . وهذا فقيه

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٠٦ .

مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: «وما عداها فيوجب التعزير، وهو موكل لاجتهاد الإمام. وعزز الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي»^(١). وهذا فقيه حنبلي يقول: «التعزير هو التأديب وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة - وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص»^(٢).

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية، ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة. ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق فلنبين الآن معنى الحد. والحد: هو العقوبة المقدرة شرعاً، ومعنى أنها مقدرة شرعاً أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهي عقوبة لازمة، وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، فعقوبة الزاني غير الحصن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة. وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئاً عما فعله الجاني. وعقوبة الدية مقدرة؛ لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها.

أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك القاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها - إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩.

(٢) الاقتناع ج ٤ ص ٢٦٨.

واحد - بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى .

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير ، فإذا قالوا : إن التعزير يكون في كل معصية ، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه ، وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيه شيء مقدر ، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لسكل منها عقوبة معينة مقدرة ، لا يحبس من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضى ملزم بتطبيق إحداها دون الأخرى ، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر ، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير ، فإن عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب . وإذا قال الفقهاء : إن التعزير مفوض لرأى الإمام أو الحاكم أو اجتهدا ، فمعنى ذلك أن القاضى وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصى في تقدير هذه الظروف .

١٠٤ - كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير ؟ بينا فيما سبق أن الشريعة

نصت على جرائم التعازير وعينتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص التى حرمت الجرائم وعينتها ، وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضاً على عقوبات التعزير ، والآن نقدم الدليل على هذا القول :

أولاً - عقوبة الوعظ ، وعقوبة التهديد ، وعقوبة الجلد أو الضرب : هذه

العقوبات نص عليها القرآن والسنة فيقول الله تعالى : ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن

(١٠) التشريع الجنائى الإسلامى

معتظونهم واهجرون في المضاجع واضربوهن ، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً [النساء : ٣٤] فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها ، وهي الوعظ ، والهجر ، والضرب ، ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة ، فعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة .

وإذا كان الهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج ، فإن الهجر في المضاجع ليس إلا نوعاً من الهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، وأمر عمر بهجر صبيح ، فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور^(١)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله امرأً علق سوطه بحيث يراه أهله » وقال : « لا ترفع عصاك عن أهلِكَ » وقال : « علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وقال : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما : التهديد بالعقاب والتخويف منه ، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا . والثانية : هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط ، والنص الأخير صريح في جواز الجلد في غير الحدود ، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأى .

فالقرآن والسنة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد . وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها ، ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة ، بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولى الأمر^(٢) . أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها . أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل .

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨١ .

ثانياً عقوبة التوبيخ : يروى عن أبي ذر أنه قال : سابت رجلاً فغيرته بأمره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر أعيرته بأمره ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية » . فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه ، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية ، وسنة سننها الرسول ، والسنة هي المصدر الثانى للشرعة سواء كانت عملية أو قولية .

ثالثاً : الحبس والصلب : ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضاً ، فما يروى عن الرسول أنه حبس شخصاً فى تهمة ، وأنه صلب رجلاً حياً على جبل يقال له أبو ناب^(١) .

رابعاً : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية ، فيروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ، ويفرق جماعتكم فاقتلوه » وفى رواية : « ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً . من كان »^(٢) . والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة .

خامساً : الغرامة والتشهير والنفي : ومصدر هذه العقوبات الإجماع . والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة^(٣) .

وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع ، ومن ثم فهى عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لا شك فيها^(٤) .

وفى الوقت الذى حددت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبات التعزيرية انعقد الإجماع على أن يترك للقاضى اختيار العقوبة الملائمة

(١) راجع الفقرتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .

(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٤) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكننا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية فى كتاب العقوبة .

وتقديرها ، كما ترك له أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

١٠٥ - لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص : وظاهر مما سبق

أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها ، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديداً دقيقاً . بحيث لا يستطيع القاضى أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة ، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير ، ولأن يخرج على حدودها .

وإذا كانت هذه هى شهادة النصوص الصريحة ، وشهادة الواقع الملموس فإن القول بأن للقاضى سلطة تحكمية فى جرائم التعزير هو قول لا أساس له ، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم ، فالحقيقة التى لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتى حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة ، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم ، يعلم حق العلم أن القاضى ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية فى تعيين الجرائم والعقوبات ، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة ، وأن سلطة القاضى منحصرة فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه ، فإن انطبق وقع على الجانى العقوبة ، ولكن الشريعة أعطت القاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة التى يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة ، وجعلت له أن ينظر فى اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه ، ودرجة تأثره بالعقوبة ، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وجعلت للقاضى أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى ، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده ، فينذر به أن لا يعود لمثل ما فعل ، وله أن يعاقب بأشد من ذلك ، بحبس أو بفرامة ، وله أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هى سلطة القاضى فى الشريعة ، وهى ليست سلطة تحكمية ، وإنما هى

سلطة أعطيها ليتسكن من علاج المجرم والجريمة ، وهى سلطة اختيار وتقدير لاسلطة تحكم واستعلاء ، قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما ، وإنها لسلطة قينة أن تحقق العدل ، وترفع الحرج وتضع الأمور فى مواضعها ، وتعاقب كل بما يستحقه .

وهذه الطريقة التى ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً لمعالجة جرائم التعزير هى الطريقة التى اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيراً ، فهى تنحون نحو توسيع سلطان القضاء فى اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة ، فتجعل للقاضى أن يختار فى الغالب بين عقوبتين ، أو يوقعهما معاً ، وأن يرتفع بالعقوبة إلى حدّها الأعلى ، أو ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وتجعل للقاضى أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يعضيها بشروط معينة ، ولكن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة الإسلامية ، وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التى تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولقد كان هذا سبباً دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضى ، واقترح بعضهم حلاً للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها ، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها ، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجانى وهذه الطريقة التى يقترحها بعض علماء القانون هى نفس الطريقة التى تسير عليها الشريعة فى جرائم التعزير .

القسم الثانى

فى التعزير للمصلحة العامة

١٠٦ - فى التعزير للمصلحة العامة : القاعدة العامة فى الشريعة أن التعزير

لا يكون إلا في معصية ، أى في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه ، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير في غير معصية . أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير^(١) ، والأفعال والحالات التى تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدماً ؛ لأنها ليست محرمة لذاتها ، وإنما تحرم لوصفها ، فإن توفر فيها الوصف فهى محرمة وإن تخلف عنها الوصف فهى مباحة ، والوصف الذى جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ، فإذا توفر هذا الوصف فى فعل أو حالة استحق الجانى العقاب ، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط فى التعزير للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجانى أحد أمرين :

١ — أنه ارتكب فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام .

٢ — أنه أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام .

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للتمهم أنه أتى فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، أو أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام ، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضى أن يبرئه ، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التى يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، ولو كان ما نسب إلى الجانى غير محرم فى الأصل ولا عقاب عليه لذاته .

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير ، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول سبيله^(٢) ، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لا تكون

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ ، ١٩ — الإقناع ص ٢٦٩ ج ٤ — ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ ،

ص ٢٥٩ — تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

إلا عن جريمة وبعد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً ، وهذا العقاب الذى فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ، ويبرره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدى إلى هربه ، وقد يؤدى إلى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدى إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم ، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام .

ويستدل الفقهاء أيضاً على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضى الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل إلى خر فأشربها - أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شاباً حسن الصورة فخلق رأسه فازداد جمالاً ، فنفاه إلى البصرة ، خشية أن يفتن النساء بجماله ؛ مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً . ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقمها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذى أوجده في هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة ، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم ، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين ؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف ، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصيانياً ، ولا تعتبر أفعالهم معاصي^(١) ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة .

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ - الإقناع - ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ - بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٤ - يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر بإيذاء الناس ولولم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معيناً .

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أى إجراء ؛ لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين ، ومعتادى الإجرام ، ودعاة الانقلابات والفتن ، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

١٠٧ - السلطة القاضى فى التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية : قلنا إن

الحالات التى يعزز فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وإن القاضى ليس له أن يحكم بالعقوبة فى الحالة التى تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة ، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير ، فسلطة القاضى إذن ليست مطلقة ولا تحكمية ، وإنما هى مقيدة بقيود بينها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضى هنا لا تزيد شيئاً عن سلطته فى جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضى ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ، ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضى فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التى تقضى بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وإن طبقها على وجه خاص فى حالة التعزير للمصلحة العامة .

ويخطئ خطأ جسيماً من يظن أن القاضى له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة ؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة

أو الفعل ماساً بالصالح العام أو النظام العام ، وهذا في ذاته تحديد للجريمة ، ونص صريح على أن كل إنسان آتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة ، أو وجد في حالة تؤذى المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي ، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه .

١٠٨ - لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير :

فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص . وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية . فبدلاً من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلاً من أن تنص على الفعل المحرم وتعيّنه ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلاً من هذا كله تقرر : أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

ونستطيع أن نتبين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق :

أولاً - من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة ، وعينته تعييناً لا شك فيه في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة في أي وقت ، وفي أي ظرف ، أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ، وإنما حدد بوصفه ، ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل ، فيتربط على هذا أن يكون فعل ما ، في بعض الظروف ماساً بصالح الجماعة أو نظامها ، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما .

ثانياً - من حيث النص على العقوبة : نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال ، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة ، وجعلتها

لازمة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فى جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ، وتركت للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة . فالقاعدة مطبقة ولكن فى حدود واسعة ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجانى يعاقب على فعل لم يحرم ، أو لم يعلم بسبق تحريمه ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماساً بالنظام العام أو المصلحة العامة ، وعلى كل حال يوجد فيها الجانى إذا مست بنظام الجماعة وصالحها ، فعلى كل إنسان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام ، وعليه أن يراعى الظروف ويحسب حسابها ويقدرها فى كل وقت وأن .

١٠٩ - العلة فى إجازة التعزير للمصلحة العامة : والضرورات الاجتماعية

هى المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، لحماية نظام الجماعة وصوالها العامة تقتضى نصوصاً مرنة تلائم كل وقت وأن ، وكل ظرف وحالة ، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذى جاء به الشريعة ، فإنه قين أن يجمع كل من تحدّثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها ؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص والجمادة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية توصلها لحماية النظام والصالح العام .

القسم الثالث

في التعزير على المخالفات

١١٠ — التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات

وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه ، ولما كان الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب ، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب^(١) ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب^(٢) ، وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهى بتخيير في الفعل ، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل ، أو أن المكروه ليس نهياً ، والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف . ومن رأى أن المندوب أمر بالالتخير فيه ، وأن المكروه نهى لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل المنهى عنه ، وترك المندوب إليه ، والقائلين بهذا الرأي مع تجوزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجاني عاصياً ، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجاني مخالفاً ، ويعلمون ذلك بأن العصيان اسم ذم ، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب^(٣) .

ويحتاج بعض القائلين بالعقاب بفعل نهر رضي الله عنه ، حيث مر على شخص

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٢٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المستصفى للفرزالي ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١ - تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - تبصرة الحكماء ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ الأحكام السلطانية ص ٧١٢ .

(٣) المستصفى للفرزالي ج ١ ص ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

أضجع شاة يذبجها ، وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالذرة وقال له : هلا حددتها أولاً؟^(١)

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب ، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك في ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب ، ويعتبرون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين^(٢) .

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار ، سواء أخذنا برأى القائلين بالعقوبة أو بالرأى المضاد ؛ لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه اعتبار الفعل مكروهاً أو الترك مندوباً إليه ، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ — القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :

لم تعرف القوانين قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » إلا في أواخر القرن الثامن عشر ؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية ، أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها ، فيعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تحريمه ، ويعاقبون عليه بأية عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصاً

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - الأحكام السلطانية ص ٣١٢ .

عليها ، وقد كانت هذه السلطة التحكيمية هي الدافع الأول الذى دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها ^(١)

١١٢ — كيف طبقت القوانين القاعدة ؟ : والقوانين الوضعية لا تطبق

القاعدة اليوم على الوجه الذى سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسى أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسى يشدد أول الأمر فى تطبيقها تشدداً عظيماً ، فعين الجرائم تعييناً دقيقاً وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضى منحصرة فى أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان ، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر المشرع الفرنسى إلى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الأداة التى وكل إليها تطبيقه ، فالتشريع الفرنسى يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون فى كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين براء ولكن تخرجاً من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضى أن يتصرف فى تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفّضها أو تتساهل فى تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسى لمعالجة هذه الحالة لجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حداً أدنى وحداً أعلا وتترك للقاضى أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين ، وترك للقاضى أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠١ - القانون الجنائى لعل بدوى ص ١٠٢ - القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ٧٧ .

يحكم بهما معاً أو يختار إحداها فقط ^(١) .

وقد انتقلت قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى ، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة ؛ فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة ، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيضها ، وحق الإفراج تحت شرط ، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير فإن شرح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة ، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة ما دام أن هذا التوسع جاء طبقاً لنصوص القانون ، وما دام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدماً .

ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمناً طويلاً فيما يختص بتعيين الجريمة حتى إذا جاء القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محلاً للانتقاد وهاجها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية ، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائماً عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالها ، وأن المجرمين يتفننون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص ثم يعشون ما شاءوا بمصالح الأفراذ والجماعة ونظامها ، وهم آمنون من العقاب ، فإذا استصدرت قوانين لتحریم الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة ، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة ، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب .

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٢ - القانون

الجنائي على بدوى ص ١٠٢ وما بعدها .

القاعدة من جديد فيا يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً ، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ ، حيث خول القاضي إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبه عقوبة ، (المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني) . وكالقانون الإيطالي ، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتي الذي خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركي الذي أباح العقاب على أى فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم . ولا نذكر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامة بعد أن كان فوق المناقشة ؛ توصلوا إلى معرفة مدى المجتمع إليه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صواح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشرح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعييناً عاماً ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . ومن ناحية العقوبة يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى ؛ ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة - نوعاً ومقداراً - إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها^(١) .

١١٣ - بين الشريعة والقانون : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ من ٥٥٢ وما بعدها - القانون الجنائي لعل بدوى ص ١٠٣ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ - ١٠٤ .

والقوانين الوضعية توجب أن لا تكون جريمة ولا عقوبة بلا نص ، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولاً — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثني عشر قرناً على الأقل ، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد ، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة .

ثانياً — من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها ، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشدداً تاماً ، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة ، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية . وفي الجرائم الأقل خطورة ، وهي جرائم التعازير بصفة عامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، فتجعل للجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات ، وترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . وفي جرائم التعازير المقررة لمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة ، وبكثفي بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام . فكان الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائم وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد .

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى — التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة — على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون ، فكان التعميم في التطبيق سبباً في تخرج الخلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة وفي تبرئة كثير من القضايا ، ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة ، وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضيق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدتها ، ولكنها

طبقت هذه الطريقة أيضاً بصفة عامة ، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة ، وصارت تزيد عاماً بعد عام ؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة ، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها ، وهذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكانها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة .

ولاشك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة ، وأكفل بحماية الأمن والنظام ، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم .

ثالثاً — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاماً . ومرناً إلى حد كبير ، بحيث ينطوى تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم^(١) . إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزز فيها مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ تحريماً للجريمة التجسس ، ومثل قوله : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ومثل قوله : ﴿ أو فوا السكيل ﴾ ومثل قوله : ﴿ لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته ، بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع . وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التعديل والتبديل .

(١) إذا لم يكن التضييق طاهراً في النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة ، فالسرقة جاء نصها عاماً ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وصحه الرسول من قيود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقاً وغير ذلك .

أما القوانين الرضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعينها تعييناً دقيقاً ،
رتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن
أن تدخل تحت أي نص محددة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييراً في
التفصوص ، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون
العقوبات . ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن
تسكن النصوص عامة ومرنة ؛ لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات ، وهذا الذي
يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية .

رابعاً — من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على
عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعييناً لاشك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي
أن يخلق عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس أمن
الجماعة ونظامها سياسياً شديداً ، وبين غيرها من الجرائم ، والقسم الأول هو جرائم
الحدود وجرائم القصاص والدية ، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة
ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة ، لا خيار للقاضي
في ترفيعها ، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة .
أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها ،
وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة ، كما تركت له أن يقدر
العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين ، وأن يوقف
تنفيذ العقوبة أو يمتنعها طبقاً لما يراه ملائماً لحال المجرم وظروف الجريمة .

أما القوانين الرضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات
حدين ، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين ، وترك للقاضي أن
يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة : وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى
والأعلى للعقوبة ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشرط معينة وله أن يمتنعها ،
وفي كثير من الجرائم الرضعية أن لا تنزل العقوبة عن حد معين

كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، والغالب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة .
 وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة
 القاضي في الشريعة ، فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي متقيد بتطبيق العقوبة
 التي حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة ، ولا يستطيع أن يختار إلا بين
 عقوبتين إذا أعطى حق الاختيار ، وليس له في كثير من الأحوال أن ينزل
 بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم ، وهو
 بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة الجرم والإجرام علاجا
 منفق مع المصلحة العامة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة
 لا يتأتى إلا إذا أُسكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا ، وهذا لا يتأتى
 إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات ، فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادى
 به كبار العلماء اليوم فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير
 وعقوباتها . وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة ،
 ومن عدم السماح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة
 أو عقوبتين لكل جريمة ، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في
 جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود .

وليس يهمني أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض
 الحالات ، فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر وإنما
 يهمني أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة ، ويأخذ
 بمبادئها ، ويطبق نواحيها ، وأن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون ،
 هو نفس ما تأخذ به الشريعة وما تقوم عليه ، وإن كان ذلك قد ذكر في الأكرين .

المبحث الثاني

في أدلة الأحكام الشرعية

أى

مصادر التشريع الجنائي

١١٤ - مصادر التشريع الإسلامي بمقتضى عامة : من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة : ١ - القرآن ٢ - السنة ٣ - الإجماع ٤ - القياس . ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام ، ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع .

ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقاً للترتيب الذى ذكرناه ، فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن ، والمصدر الثانى هو السنة ، والمصدر الثالث هو الإجماع ، والمصدر الرابع هو القياس ، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

وهناك مصادر أخرى للشريعة تختلف عليها ، فإياها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة ، ولا يراها البعض الآخر كذلك ، والمصادر المختلف عليها هى : الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصلحة المرسلة ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابة .

١١٥ - مصادر التشريع الجنائى الإسلامى : مصادر التشريع الجنائى

فما يختص بالإجراءات الجنائية هى نفس المصادر التى سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهى : ١- القرآن ٢- السنة ٣- الإجماع . أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى ، ورأى البعض أنه ليس مصدرا فى تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ، فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة . وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهى لاتأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ، لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصهما .

الفرع الأول

القرآن

١١٦ - القرآن : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة الختوم بسورة الناس .

١١٧ - نصوص القرآن قطعية : وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة ، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول ، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه ؛ لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة . والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي ، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر فلم يختلفوا فى حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ - **دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية :** وإذا كانت نصوص القرآن قطعية فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فإن كان النص دالا على معناه ولا يحتمل التأويل كانت دلالاته قطعية مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ فدلالة ثمانين على العدد قطعية ، ودلالة أبدا على التأييد قطعية . وإن كان النص دالا على معناه ، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالاته ظنية كقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فلفظ القروء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر ، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لاقطعية إذا من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض ، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر .

١١٩ - **محيية أمطام القرآن :** - لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله ، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة ، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها .

١٢٠ - **أمطام القرآن سرعت للدنيا والآخرة :** وأحكام القرآن على نوعين : أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات . وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة . وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية الدينية إلخ ...

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددتها أنزلت بقصد إسعاد الناس في الدنيا والآخرة ، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى ، فالفعل التعبدى أو المذنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه في الدنيا من أداء الواجب ، أو إفادة الحل والملك ، أو إنشاء الحق أو زواله ، أو توقيع العقوبة ، أو ترتيب المسؤولية إلخ ، ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره في الدنيا له أثر

آخر مترتب عليه في الآخرة ، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية . وينبني على كون الشريعة مقصوداً بها إسماع الناس في الدنيا والآخرة أن تعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، أو جملة لا تقبل الانفصال ؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدي إلى تحقيق الغرض منها ، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية فلا ينبغي أن تقاس الشريعة في هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوى ، وجزاء أخروى فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى ، والثانى أخروى ، فأما جزاء الدنيا فهو القصاص ، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى : الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [سورة البقرة : ١٧٨] والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة ، يؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ [النساء : ٩٣] ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحراية ، القتل والقطع والصلب : والنفي عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٣] .

وجزاء السارق القطع في الدنيا ، والعذاب في الآخرة ، لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم . فمن

تاب من بعد ظلمه وأصاح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم ﴿ [سورة المائدة : ٣٨ : ٣٩] والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية ، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولاً مسئولية أخرى .

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة في الدنيا وعقوبة في الآخرة ، حيث يقول جل شأنه : ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة ﴾ [النور : ١٩] ويقول : ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم . يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون . يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ [النور ٣٣ - ٣٥] .

والزنا له عقوبتان أيضاً إحداها في الدنيا والثانية في الآخرة ، فيقول الله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ، ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاماً . يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً . إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً ﴾ [الفرقان : ٦٨ - ٧٠] .

وأكل أموال اليتامى معاقب عليه في الدنيا والآخرة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبديلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حُوباً كبيراً ﴾ وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سميراً ﴾ [النساء : ٢ ، ١٠] .

وأكل الربا له عقوبتان الأولى في الدنيا والثانية في الآخرة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسمى فيها خرابها ، وأولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين ، لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [البقرة : ١١٤] .

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا في قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ، ومأواه جهنم وبئس المصير﴾ [الأنفال : ١٥ ، ١٦]

ولمرتد عقاب في الدنيا وعقاب في الآخرة في قوله تعالى : ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة : ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون . أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون . وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها ، وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذي كنتم به تكذبون﴾ [السجدة : ١٨ - ٢٠] وقوله : ﴿ومن يقطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء : ١٠ ، ١٤] وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة . فهي في أصلها تعتبر أن الدنيا دار ابتلاء وفناء ، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء ، وأن الإنسان مسئول عن أعماله في الدنيا ويجزى عنها في

الآخرة ، فإن فعل خيراً فلنفسه ، وإن أساء فعليها ، والجزاء الدينوى لا يمنع من
الجزاء الأخرى إلا إذا تاب الإنسان وأتاب .

١٢١ - أمطام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل

الانفصال ، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من
الشريعة ، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال
البعض الآخر ، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض ، وتوجب العمل
بكل أحكامها والإيمان إيماناً تاماً بكل ما جاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به
دخل تحت قوله تعالى : ﴿ أفئذ من آمن ببعض الكتاب وكفروا ببعض ، فما جزاء
من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ، ويوم القيامة يردون إلى أشد
العذاب ﴾ [البقرة : ٨٥]

والنصوص الواردة في تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة منها
قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه
للناس في الكتاب ، أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون . إلا الذين تابوا
وأصلحوا وابتغوا فآولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم ﴾ [البقرة : ٥٩ ، ١٦٠]
والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر ، والاعتراف ببعضها
وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتُمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون
به ثمناً قليلاً أولئك ما يأكلون في بطونهم إلا النار ، ولا يكلمهم الله يوم القيامة
ولا يزكهم ، ولهم عذاب أليم . أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب
بالمغفرة فما أصبرهم على النار ﴾ [البقرة : ١٧٤ ، ١٧٥] .

وقوله تعالى : ﴿ أفغير دين الله يبغون وله أسلم من في السموات والأرض طوعاً
وكرها وإليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يتبع غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو
في الآخرة من الخاسرين ﴾ [آل عمران : ٨٣ ، ٨٥] .

وليزيدن كثيراً منهم ما أنزل إليك من ربك طغياناً وكفراً فلا تأس على القوم الكافرين ﴿ [المائدة : ٦٧ ، ٦٨] .

وقوله : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ، ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيماً . فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ [النساء : ٦٤ ، ٦٥] .

١٢٢ — مميزات الشريعة . وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هي أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة . وهذا هو السبب الوحيد الذي يحمل معتنقيها على طاعتها في السر والعلن والسرائر والضراء ؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقرّبهم إلى الله ، وأنهم يثابون على هذه الطاعة ، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوى فإنه لا يرتكبها مخافة العقاب الأخرى وغضب الله عليه .

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلّقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلّق بالأخلاق العاضلة نذر أن يرتكب جريمة ، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم ، ومطلع على أعمالهم ، وأنهم مهما استخفوا من الناس فإن يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا ، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم ، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة ، بعكس الحال في القوانين الوضعية فإنها ليس لها في نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها ، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها ، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما ، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين ، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية ، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة ، تبعاً لزيادة الفساد الخلقي في هذه الطبقة ، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

وتفرض الشريعة على معتقبيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله ، وأنها أصلح نظام وأعدله ، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظام آخر ، ويترتب على هذا أن لا تجد مؤمنا بالدين الإسلامي يرضى بأى نظام يخالف له أو خارج عليه ، كالشيوعية وما أشبهه ، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة ، فيستشرفون إلى كل نظام جديد ، ويتطلعون إلى الأخذ بكل ما يروونه أفضل من نظامهم أو مما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان ، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام .

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستقرار والثبات ، وبث في المحكومين روح الطاعة والرضاء ، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

الفرع الثانى

السنة

١٢٣ — تعريف السنة : هى ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية .

أولا - السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثل قوله « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل » وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله : « لا قطع فى ثمر معلق ، ولا فى حريسة الجبل فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن » وقوله : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم إن شرب فاجلدوه » .

ثانيا - السنة الفعلية : - هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار ، وقطعه اليد اليمنى في السرقة ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ثالثا - السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره ، أو موافقته بإظهار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذًا إلى اليمن سأله بم تقضى ؟ قال أقتضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول على ذلك حيث قال : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله » .

١٢٤ - مركز الشريعة القرآنية : القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي ، وأساس هذا التشريع ، والسنة هي المصدر الثاني ، وتلى القرآن في المرتبة . وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة : -

الأول - فهي إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن . فيسكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور ، والسرقة وغير ذلك من الأوامر والنواهي التي جاء بها القرآن والسنة .

الثاني - وإما أن تكون سنة مفصلة تفسر حكما جاء به القرآن مجملا ، كسورة البقرة من القرآن مطلقا ، أو غنصمة ما جاء فيه عاما ، فيكون هذا التفسير أو التمهيد أو التوضيح الذي جاء به السنة يؤان للتفسير من الحكم الذي جاء به القرآن . لأن الله جعل لرسوله سبق لبيان لتعريض القرآن بقوله : ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ هَذِهِ الْآيَاتِ ﴾ [سورة النحل : ٤٤] فالسنة هي التي فسدت

بما جاء في القرآن من الأحكام ، لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة ،

وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، ولم يبين عدد الركعات ، ولا كيفية الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ، ولا مناسك الحج .

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن ، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هي التي بينت يبيع الربا ، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الإطلاق ، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم ، ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد والسنة منعت ميراث القاتل ، والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع ، والسنة منعت القطع إلا في ربع دينار فصاعداً ، ومنعت القطع إلا في السرقة من حرز .

الثالث — وإما أن تكون سنة مثبتة حكماً سكت عنه القرآن ، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل في القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها » وكقوله في تحريم الذهب والفضة : « هذان حرامان على رجال أمتي حلالان لنسائهما » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

١٢٥ - أنواع السنة بحسب روايتها : تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة أقسام :

١ - سنة متواترة . ب - سنة مشهورة . ج - سنة آحاد .

(١) السنة المتواترة : هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفرادهم على كذب ؛ لكثرتهم وأماتهم ، ثم رواه عن الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواة جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا . ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي

تلقاها المسلمون جموعاً عن الرسول ، ولقنوها جموعاً آخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار

(ب) السنة المشهورة : هي ما رواها عن الرسول صحابى أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر ، ثم نقلها من الراوى أو الرواة جمع من جموع التواتر وتنقلها عن هذا الجمع جموع آخر حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر ، وباقي طبقاته من جموع التواتر ، ومن هذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرها من الصحابة .

(ح) سنة الآحاد : هي ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتنقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التى لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر ، ومن هذا القسم معظم الأحاديث .

١٢٦ - هل السنن قطعية أو ظنية ؟ : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة ، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الصحابى الذى نقلها عن الرسول ، وليست قطعية الورود عن الرسول ، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعاً من جموع التواتر ، ولأن من تلقاها عن الصحابى جمع من جموع التواتر ، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

والسنن جميعاً قد تكون قطعية الدلالة ، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلًا ، وقد تكون ظنية الدلالة ، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل .

١٢٧ - محيية السنة : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره

التي قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح — تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدراً تشريعياً واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لأن ورودها

عن الرسول مقطوع به ، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع - وإن كانت ظنية الورود عن الرسول ؛ لأن هذا الظن راجح بما توفر في الرواة من العدالة والإتقان .

وقد اعتبرت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك ، فإله تعالى يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء : ٥٩] ويقول : ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ ، وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ [النساء : ٨٣] ويقول : ﴿ وَمَنْ يَطْعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ﴾ [النساء : ٨٠] ويقول : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ ﴾ [النساء : ٦٤] ويقول : ﴿ قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ﴾ [آل عمران : ٣٢] ويقول : ﴿ قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ ﴾ [آل عمران : ٣١] ويقول : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مَوْتِمَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ [الأحزاب : ٢٦] ويقول : ﴿ وَمَا أَتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَاتَّقُوا ﴾ [الحشر : ٧] .

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن ، وقد أجمع الصحابة في حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته ، فكانوا في حياته يمشون أحكامه ، ويمتثلون أمره ونهيه ، يحلون ما أحل ، ويحرمون ما حرم ، وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا في القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها ، وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة في واقعة ما ، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبي في تلك الواقعة ، كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين .

١٢٨ - هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ أفعال الرسول

وأقواله على أنواع : فمنها ما هو در منه بآثاره بشراً كالقيام والقعود والأكل

(١٢ - التشريع الجنائي الإسلامي)

والشرب ، ومثل هذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءاً من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد ، كالزواج بأكثر من أربعة ، ودخول مكة بغير إحرام ، والوصال في الصوم ، وهذه أيضاً لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدينية ، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش ، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعاً أيضاً ؛ لأن مبناها الخبرة الشخصية ، والرسول نفسه كان لا يعتبر هذه الأفعال تشريعاً ، فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به ، فعدل عن رأيه وقال : « أتم أعلم بأمور دنياكم » وفي موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش في مكان معين ، فقال له أحد أصحابه : أهذا منزل أنزلك الله ، أم هو الرأي والحرب والمكيدة ؟ قال : « بل هو الرأي والحرب والمكيدة » فأشار الصحابي بإنزال الجنود في مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته .

أما الأقوال والأفعال التي صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد فهي تشريع ملزم ، ومثل ذلك قوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقوله : « خذوا عني مفااسكم » وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع بياناً لقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ما عز فقال : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » وكاختياره سوطاً لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد ، ومثل ذلك أيضاً ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم ، فقال لها : « لم لم تقولى لهم إني أقبل وأنا صائم ! » ولما سألته عن بل الشعر في الاغتسال قال : « أما أنا فيكفيني أن أحشو على رأسى ثلاث حثيات من ماء » ولقد اختلف الصحابة في الفصل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة

رضى الله عنها وسألها عن ذلك ؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا . فأخذ عمر الناس بذلك وكان عمر يقبل الحجر الأسود في طوافه ويقول : إني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أنى رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك . ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله .

الفرع الثالث

الإجماع

١٢٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة

الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى .

١٣٠ - محية الإجماع : إذا انفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية

متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلاً قطعياً على الحكم ، أما إذا كان رأى صادراً من أكتية المجتهدين فإنه يعتبر دليلاً ظنياً ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه ، ما لم يرولى الأمر . أن يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع .

١٣١ - الأساس الشرعى للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن

والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقيم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح فى القرآن أو السنة ، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع فى موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح التشريع فيها ؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هى التى جمعهم .

وقد دعا القرآن والسنة إلى اعتبار الإجماع تشريعاً ملزماً ، بقوة الإلزام فى الإجماع واعتباره مصدراً تشريعياً مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .

القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ﴾ [النساء : ٥٩] ومن المتفق عليه أن أولى الأمر في هذه الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا ، فكل منهم ولى أمر في عمله ، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه ؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن ، كذلك قال الله تعالى : ﴿ ولوروده إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] والمقصود بأولى الأمر في هذه الآية العلماء .

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خائفا بعيدا عن الخطأ ، واعتبرت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتى على خطأ » وقال : « لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة » وقال : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

١٣٢ - ابراهيم مصلح القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية

هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بفض النظر عن شكل الحكومة الدستورى ، وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان ، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان ، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان فإذا أقرتها الأغلبية ، أمر الملك بإصدارها ، وأصبحت ملزمة للأفراد .

فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص ، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادئ التى يحتويها القانون ، وقوة القانون الملزمة تأتى لا من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القانون ووضع موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى .

واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما ، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون ، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص ، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون ، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى :

نعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامى ؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع ، فللسلطة التشريعية فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها أن تغفو عن الجريمة أو عن العقوبة^(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا . والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية تكون نافذة واجبة الطاعة شرعاً ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، وإلا فهى باطلة بطلاناً مطلقاً كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ - الشريعة لم تغرد بمجمل الإجماع تشريعا : وقد يظن البعض أن

الشريعة انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع ، وهو ظن خاطئ فالقوانين الوضعية فى غير البلاد الإسلامية أسامها رأى الجماعة سواء فى التشريع أو التطبيق . فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التى يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص . وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة ، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهما ، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع ، وتجعل

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق ؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الفرع الرابع

القياس

١٣٥ - تعريف القياس : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .
ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان : -

١ - المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ - المقيس : وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمه

ويسمى الفرع .

٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل ، ويراد الحكم به على الفرع .

٤ - العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقيق فى الفرع^(١) .

١٣٦ - هل القياس ممكن فى جميع الأزعم ؟ : اختلف الفقهاء فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية ، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد ، وتدخل تحت أحد واحد هو أصل الحكم الشرعى وتشتك فيه ، وقد جاز على بعضها أن يكون ثابتاً بالقياس ، وما جاز على بعض التماثلات كان جائزاً على بعضها الآخر ، ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت أحد واحد ، لأنها متنوعة ومتمايزة بأدوار موجبة للتنوع والتمايز ؛ ولا مانع من

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص : ١

فقال حد الشارب على حد المفترى ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعاً .

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :-

الأولى :- أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل ، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الثانية :- أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة ، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال الخطأ شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود بالشبهات » .

والثالثة :- أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة ، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً ، ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد في المنكروقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه ^(١)

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة بحيث ترجحه على الرأي الأول خصوصاً إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس ، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ؛ لأن القياس لم يجعله تشريفاً ملزماً ، وإنما الذي جعله كذلك هو الإجماع عليه .

على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضى قبل كل شيء القياس في الجرائم ، وأن القائلين بجواز القياس في الجرائم ، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص ، فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً ، وإنما هو مصدر تفسيرى يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل

(١) الإحكام في أصول الأحكام للامدنى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

تحت النص ، فإذا حرم النص صورة معينة لعل ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوفر فيها علة التحريم ، كإلحاق اللواط بالزنا ، وإلحاق القتل بالثقل بالقتل بالحدد ، وإلحاق المسكر بالخمر عند البعض ، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ السكن سارقاً وهكذا . ولا ضير من الأخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به الحاكيم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع في تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٣٨ - القياس في الجرائم :- ويسلم الفقهاء بالقياس في الإجراءات

الجنائية ، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التي لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ، ومذهب الصحابي ، فثلا يرى البعض أن يكون الإقرار في السرقة مرتين قياساً على اشتراط الأقارير الأربعة في الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه . ويرى البعض جواز شهادة النساء في الجرائم قياساً على جواز شهادتين في المسائل المدنية ، ويجمعون على الحفر للرجوم وهو مذهب على ، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر مع شهادة الشهود في إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ - سلطة القاضي في تفسير النصوص : للقاضي وهو يطبق النصوص

أن يفسرها إذا وجد غموضاً أو خفاء في دلالتها ، أو تضارباً بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى في فهم الأحكام من النصوص ، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

الفرع الأول

في القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ — كيف استنبطت هذه القواعد ؟ : استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غوض ؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى ، ومن حيث عمومته وشموله لكل أفراد ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض فقواعد التفسير اللغوية يقتضى العلم بها أن ندرس (أولا) دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها (ثانياً) وضوح الدلالات وغوضها (ثالثاً) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها . وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق في فهم معاني النصوص الشرعية ، ولتكنها في الواقع تطبق أيضاً في معاني أى نص غير شرعى ما دام مصوغا في لغة عربية .

١٤١ — أورد : — دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها : — من المسلم به أن لكل لفظ دلالة ، ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعى وهو مكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة ، وقد يكون له أكثر من دلالة ، ويستدل بالنص عادة على دلالاته أى مفهوماته بهذه المفهومات لا يخرج عن خمسة : —

الأول — مفهوم العبارة : — وهو المعنى الذى يقبدر إلى الذهن من صيغة معينة ، وهو الذى قصد المشرع من وضع النص ؛ لأن المشرع حين يضع النص يشترط أن يكون اللفظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه ، ثم

يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثانى - مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله ، ولا يتبادر إلى ذهن من الاطلاع على صيغة النص ، ولكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه ، فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه ، مثل قوله تعالى : ﴿ للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضواناً ﴾ مفهوم العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفى ، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملكهم ؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم أن لا تكون أموالهم على ملكهم .

الثالث - مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومنطوقه فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعل استوجبت هذا الحكم ، فسلك رافعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توفرت فيها عللة الحكم ، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحكم ، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لها أفٍّ ولا تنهرها ﴾ فقد نهى الله عن التأفف من الآخرين ونهرها وحرم ذلك ، وهذا هو المفهوم من عبارة النص ، ولأن الذى يفهم من دلالة أن كل ما سوى التأفف أو كان أشد منه محرم أيضاً ، ونهر علة التأفف ، فما يساوى التأفف ، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم . أما ما يقل عن التأفف ، ونهر فلا يدخل تحت النص .

رابعاً - الاستدلال على هذا اللفظ بالقياس إلى القائلين بهم المساواة أو الأولوية بين المتماثلين والمفهوم المتماثل له كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم التوافق ، لأن ما زاد على النص فى علة الحكم ، واقعة تفهم بمفهوم متماثل للنص ، وما يقل منه .

الرابع - مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج ، وهذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ففهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل .

الخامس - مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، أو هو المعنى الذى اتفقت عنه قيود النص . وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دالتين : دلالة على حكم معين فى منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه ، أى فى مفهومه المخالف ، فقوله تعالى : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص ، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف ، فكما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف . ففهوم المخالفة ليس مسكوتاً عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه ، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقاً لهذا رأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه . وهذا هو رأى الراجح .

١٤٢ - تعارض المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم

العبارة على مفهوم الإشارة ؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته .

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة رجع مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة ؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى

اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التي اختارها الشارع للمعنى الذي نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره ؛ لأنه المعنى الذي لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأي الراجح مسكوت عنه ولا عمل له .

١٤٣ - ثانيا - **وضوح الدلالات وغموضها** : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس في دلالاته غموض ولا إبهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة في وضوح دلالاته ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

١٤٤ - **أقسام الواضح الدلالة** : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الظاهر . (٢) النص . (٣) المفسر . (٤) المحكم .

١٤٥ - **الظاهر** : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فإحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سقت أصلا لنفي المماثلة بين البيع والربا ، ردأ على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه مالم يقم دليل يقتضى العدول عن

ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره ، أو إرادة معنى آخر منه .

وإذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، وإذا كان مطلقاً احتمل التقييد . وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازى ، إلى غير ذلك من رجوه التأويل ولا يكون التأويل صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعى : من نص ، أو قياس ، أو روح التشريع ومبادئه العامة ، فإذا لم يبين على دليل شرعى ، كان تأويلاً باطلاً .

١٤٦ - النص : - هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق ، فتنى كان المعنى ظاهراً بوضوح من اللفظ - وهو المقصود أصالة من السياق - كان اللفظ نصاً عليه ، فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ نص على نفي المماثلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل .

١٤٧ - المفسر : - هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى فى قاذفى الحصنات : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجملاً غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ فهو نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان ، وكفر بعد إيمان ، وقتل نفس بغير نفس » .

حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره ، والتفسير الذى ينتفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ - المحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل ؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسي من قواعد الدين كعبادة الله وحده ، والإيمان بكتبه ورسله ، أولاً لأنه من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أولاً لأنه حكم فرعى جزئى أيدى الشارع ، كقوله تعالى فى قاذى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ والمحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل .

حكم المحكم : يجب العمل به قطعاً ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩ - حكم التعارض : - إذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل ، وإذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر .

١٥٠ - أقسام الغامض المروى : ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الخفى . (٢) المشكل . (٣) المجل . (٤) المتشابه .

١٥١ - الخفى : - الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو أن له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد ، مثال ذلك لفظ السارق ، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار - أى النشال - نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال

من حاضر يقظان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأعين ، فهو يغيّر السارق . بوصف زائد فيه ، هو جرأة المسارقة ، ومن ثم فقد سمي باسم خاص ، ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى ، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر . فلفظ السارق يعتبر خفياً بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد ، فإن رأى القاضى أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ، وطبق عليهما حكم السرقة ، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذي حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار سارقاً ولكنهم اختلفوا فى اعتبار النباش كذلك .

١٥٢ - المشكل :- هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن

يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع منه ، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع ، كلفظ القراء فى قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه موضوع للطهر والحيض ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضى إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد منه ، وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن يؤولها تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، على أن

يعتمد في تأويله على نصوص أخرى ، أو على مبادئ الشريعة العامة وحكمة التشريع فيها .

١٥٣ - المجلد : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التى نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعياً خاصاً لامعناه اللغوى ، فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ فى نص شرعى كان مجعلاً حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيةها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرها مما جاء مجعلاً فى نصوص القرآن .

ومن المجلد اللفظ الغريب الذى فسر القرآن ، كلفظ القارعة فى قوله تعالى : ﴿ القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتكون الجبال كالعهن المنفوش ﴾ .

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصاً وليس فى صيغة اللفظ ولا فى القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه ، فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان للمجلد ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه ، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافى من باب المجلد إلى باب المشكل ، ويكون على القاضى أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

١٥٤ - المتأخر : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه ، ولا توجد

قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره .

(١٣ - التشريع الجنائى الإسلامى)

وليس في النصوص التشريعية شيء من التشابه ، فلا يوجد في آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وإنما يوجد التشابه في مواضع أخرى ، ومن أمثله الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن .

١٥٥ - ثالثاً - اشتراك اللفاظ وعمومها ومخصوصها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له إلى : مشترك ، وعام وخاص : -

١٥٦ - اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة فهو يدل على ما وضع له على سبيل البديل ، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر ، ولفظ اليد في قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فإنه يعنى اليمنى واليسرى ، ويعنى من رؤوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى ، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره ، فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد وموضوع شرعاً لحل قيد النكاح ، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك في قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب تحمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلاً من اللفظ إلا أحد معانيه ، وللقاضى أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد ، ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو في قوله تعالى : ﴿ ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما

يستعمل للحال ، فإن أريد به الحال كان النهى وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله ، وإن أريد به العطف كان النهى وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقاً ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره ؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل أى على أن يحل معنى بدلا من آخر ، ولأن بعض المعانى متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد .

١٥٧ - اللفظ العام : هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين ، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعاً ، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية ؛ لأنه نكرة فى سياق النفي وهى تدل على العموم . والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ - لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

٢ - المفرد المعروف بأل الجنسية مثل قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق فى كل فرد ، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

٣ - الجمع المعروف بأل الجنسية أو المعروف بالإضافة ، ومثل الأول

قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ومثل الثانى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

٤ — النكرة فى سياق النفي مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ — الاسم الموصول مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

٦ — اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ﴾ وقوله : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

٧ — اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له ﴾ .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول .

١٥٨ - **دور العام قطعية** : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لفة لهذا العموم ، ولم يقم دليل يصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعيًا لا ظنيًا ؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعًا ، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية « العام الذى لم يخص يتناول جميع أفرادها قطعًا » .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفرادها بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيًا لا قطعيًا ؛ لأن النص الذى خصص العام أولاً لا بد أن يكون معللاً ، وهذه العلة قد تتحقق فى فرد آخر مما بقى بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملاً للتخصيص ، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاموا بالمصاهرة على النسب ، وحرّموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ - ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام الذي لم يخص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : أن العام في نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخص ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة ؛ لأن كليهما ظني الدلالة ، والظني لا يخص القطعي . أما إذا خصص العام بقطعي فيصبح بعد ذلك أن يخصص قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظني الدلالة ، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان ؛ لتساويهما في أن كلا منهما قطعي الدلالة ، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص ، لأنه يصير ظني الدلالة فلا يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة ، ويكون الترجيح للقطعي .

على أن البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الأحوال ، لأن استقرار نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومته حتى اشتهرت هذه القاعدة « ما من عام إلا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأي أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس ، وبالسنة غير المتواترة ، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان ، بل يرجح الخاص لأنه قطعي الدلالة ، أما العام فظني الدلالة ، والقاعدة أن القطعي والظني لا يتعارضان لعدم تساويهما ، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

١٦٠ - **تخصيص العام** : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفرادها بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص إلا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ - **الدليل غير المستقل** : هو ما كان جزءاً من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد في قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ .

١٦٢ - **الدليل المستقل** : هو ما لم يكن جزءاً من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : **المبادئ العامة للشريعة** : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية ، كما في النصوص التي جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدوا الأهلية كالجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقاً لمبادئ الشريعة العامة ، فكان هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة .

النوع الثاني : **العرف** : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع إلا في ربع دينار » . فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : **النص الشرعى** : فقد يخصص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص في مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته أو أن يكون أعلا منه ، وينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضاً وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضاً ، إذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة ، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور ، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور بحديث من أخبار الآحاد ؛ لأن القرآن قطعي ، وفي حكمة الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظني .

١٦٣ - المقصود من التخصيص : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من

النص العام ، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر ، والقاعدة أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه ، ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

١٦٤ - اللفظ الخاص : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص

مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التي تدل على عدد من الأفراد ، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ - حكم اللفظ الخاص : إذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فإنه

يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له ، مثل قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا تحتل الثمانون أو العشرة نقصاً أو زيادة .

لكن إذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : « في كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزى في زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها ، ولا تجزى قيمتها ، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة في التضمين تقتضي تأويل هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أر ما يعادل قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا

إطعام المساكين العشرة ، فأروا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات ، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

١٦٦ - **مارات اللفظ الخاص** : للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتي في صيغة الطلب أى الأمر ، وقد يأتي في صيغة النهى .

١٦٧ - **الطلق والقيـر** : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصرى . والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصرى مسلم .

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده ، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه ، كقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد والد بولده » فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر ، فإن كان الحكم الوارد فىهما متحدا ، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى فى سورة المائدة : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق وقوله تعالى فى سورة الأنعام : ﴿ قل لا أجد فى أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد ، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم ، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النـصان فى الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها ؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو

علة الإطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقوله : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ﴾ فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف ؛ لأنه في الأولى القتل ، وفي الثانية المظاهرة ، باختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان أى بأن يكون صاحبها مؤمناً تشديدا للعقوبة ، ولم تقيد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة ؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعقوبة الرقبة .

١٦٨ - صيغة الأمر : إذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الأمر أو في صيغة الخبر التى تعنى الأمر فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو الخبر عنه ، كقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ فالأول يوجب قطع يد السارق ، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء .
ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : ﴿ كلوا واشربوا ﴾ فإنه للإباحة وقوله : ﴿ إذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإنه للندب ، وكالتهديد فى قوله : ﴿ اعملوا ما شئتم ﴾ وكالتعجيز فى قوله : ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾ وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن ، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨ م - صيغة النهى : إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى ، أفاد التحريم أى طلب الكف عن فعل النهى عنه على وجه الإلزام ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾ وقوله : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ﴾ .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة ، مثل قوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا ﴾ فهو للدعاء وقوله ﴿ لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ﴾ فهو للكره .

الفرع الثاني

في القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير

- ١٦٩ - ماهية القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية التي يجب الإلتزام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلى هذه الأحكام ، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع ، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة ، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة ، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد ، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا ، فإذا راعى القاضي أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح .
- ١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا ، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة ، ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تختلف أكثر من وجه ، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع . وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها ، فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامي أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع ، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن ، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص . وأسباب النزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة ، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد : —

١٧١ - المقصد الأول : وهو حفظ كل ضروري للناس في حياتهم

والأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء (١) الدين (٢) النفس (٣) العقل (٤) النسل (٥) المال . وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل بإيجاده وإقامته ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضروري .

١٧٢ - **المفصل الثاني :** توفير ما هو حاجي للناس : والأمر الحاجي هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف ، ويسير طرق التعامل .

١٧٣ - **المفصل الثالث :** تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسيني هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضروري ، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجي ، ولكن تكون حالهم مستنكرة في تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ - **ترتيب المقاصد العامة من التسريع :** الضروريات هي أهم المقاصد إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى ، وتليها في الأهمية الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة في الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية ، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس في الحرج ، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ما تستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة ، ثم تليها التى شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا ومن المقرر أنه لا يراعى حكم تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم حاجى ، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى ، ولذا أبيض كشف العورة إذا اقتضى هذا علاج أو جراحة ؛ لأن ستر العورة أمر تحسينى ، والعلاج أمر ضرورى ، وأبيض تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة ؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى . والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى .

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع المشقة والخرج أمر تحسينى ، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدي إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل . وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير ، كان للإنسان أن يبق نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال .

١٧٥ - **عقوبات الجماعة وعقوبات الأفراد** : أفعال المكلفين سواء كانت

جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب . وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقاً لله ؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها إقامة الدين ، والدين في التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام ، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أى : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقه والحراية ، والعقوبات التمهيدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها . وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لأن الجريمة تمس الأعراس ، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن في عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الأعراس ، وتؤدى إلى التناز والتعاوى ، وتشويه السمعة ، وتلويث الأمهات والأولاد ، والتشكيك في نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثل القتل ، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الأفراد مساسا مباشرا ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد ، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة^(١) .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقا ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة ، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق ، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها ؛ لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا وأوامره ، ويحتنبوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد فى ذلك كثير من التجاوز ، ولا يعتبر هذا القول صحيحاً على إطلاقه ، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلاً أو آجلاً ؛ لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ - البرهان : الاجتهاد فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى ، من دليل تفصيلى ، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام .

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورد والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لأنه قطعى الورد ، أى : لاشك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث ، ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ فلا مجال للاجتهاد فى معاقبة الزانى بالجلد ، ولا فى عدد الجللات ، وكذلك لا اجتهاد فى كل العقوبات المقدرة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورد أو الدلالة فهو محل للاجتهاد ولمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا ، ومن حيث دلالاته على معناه .
ومجال الاجتهاد واسع فيما لانص فيه فالمجتهد يبحث الواقعة التى لانص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ،

أو العرف ، أو المصالح المرسله ، وهذا ممكن فى المسائل المدنية والشخصية ، وفى الإجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات ؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد فيها من النص الصريح ، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا .

١٧٧ - كلمة **ضامية** عن قواعد التفسير : هذه هى القواعد العامة للغوية والتشريعية التى وضعها الفقهاء للاهتمام بها فى تفسير النصوص ، على القاضى أن يستعين بها فى تفهم النصوص ، ومعرفة مرادها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته فى تفسير النص أو إعماله ، أو إبطاله . وإذا كان للقاضى المدنى أن يطبق هذه القواعد بتوسع . وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه ، إلا أن القاضى الجنائى مقيد بأن يحصر اجتهاده فى تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل ، وليس للقاضى الجنائى أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعى فى كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله : « إن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة » وستتكم عن هذين المبدأين فيما يلى :

١٧٨ - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحدود هى العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً ؛ لأنها عقوبات غير مقدرة^(١)

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث، الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة ، ولا يسلّمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة^(١)

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفاً بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبّلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا . وجىء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما إخاله سرق ؟ » ولما جاءته الغامدية مقرّة بالزنا ، قال لها نحواً من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار ، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره ، ولو لم يكن للعظول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية ، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه ؟ وما كان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصده الرسول عليه السلام . ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء . أنه نستحب للقاضى أن يعرض للمقر

بالرجوع عن الإقرار إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار^(١) .

١٧٩ — تعريف الشبهة : الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت^(٢)

أو هي وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته^(٣) ، ومن الأمثلة على الشبهة :
(١) شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد ؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية ؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصا للغير وإنما أخذه متلبسا بماله (٢) وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه ، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » . (٣) وشبهة الملك في اللواط بالزوجة ، فإتيان الزوج زوجته في دبرها محرم ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه ؛ لأن الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج ، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة في أن له أن يلوط بها وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد .

ومن الأمثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة في عدم الثبوت ؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام ، فيشمل ثبوت

الفعل وثبوت الحكم . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٣) المغني الجزء العاشر ص ١٠٢ .

الآخر شبهة ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

فمن وجد امرأة في فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته درى عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ؛ لأنهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة^(٢) فلا يرى في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة ، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من أقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبي حنيفة ، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد ، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد^(٣) ، ويريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجاني عالماً بالتحريم^(٤) . وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة ، أو المطلقة ثلاثاً ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجاني عالماً بالتحريم؛ لأن العقد في رأى أبي حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد^(٥) . ولا يرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد في هذه الحالات ؛ لأنهم لا يعتبرون العقد شبهة^(٦) .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد^(٧) .

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ - شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨ - المغني الجزء العاشر ص ١٥٥ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ - المغني

الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ - أسنى المطالب الجزء الرابع

ص ١٢٦ - المغني الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٧) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لا نستباح به المرأة . وحجة أبي حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة^(١) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما هو مباح الأصل ، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده ؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والإباحة الأصلية تورث شبهة فى بقاء المال مباحاً بعد إحرازه ، والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال^(٢) . أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد ؛ لأنهم لا يرون شبهة فى كون المال مباح الأصل^(٣) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه ، ويرتب على ذلك أن لا قطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها ، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها ، وحجته أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ، ولا يضمنون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرهما ، ويعدون الضن بها من باب الخساسة ، ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشئ التافه ، ولكنه يسلّم بأن الشئ التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشئ التافه عن تفاهته كان القطع واجباً فى سرقة . ويخالف أبو يوسف وأبا حنيفة ، ويروى أن الحد لا يدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين ، ولا يدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوماً ، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال . ويخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب^(٤) .

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٣) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١ - المفنى

الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

(٤) المراجع المذكورة فى رقى ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

ويدراً أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسارع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ، ويأخذ برأى مالك والشافعي وأحمد ، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد^(١).

ولا يرى أبو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريره^(٢) ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد ، لأنه محرز ولا شبهة في عدم تحريره^(٣).

١٨٠ — أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة ، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبهة واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .
وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة في المحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو إتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر ، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل بمحل الفعل أو بحرمته ؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ — شبهة في الفاعل ، كمن يظاً امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، ثم تبين

(١) المراجع السابقة .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٣) شرح الزرقاني ثامن ص ٩٩ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠ — المغنى الجزء

أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد ، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ — شبهة في الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمة وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، ويدراً فيه الحد ، فمثلاً يحيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويحيز مالك النكاح بلا شهود ، ويحيز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطء في هذه الأنكحة المختلف عليها زناً يحد عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدراً الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بجرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة ^(١) .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة في الفعل ^(٢) ، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وثبتت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها ^(٣) .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلاً .

الثاني : الشبهة في الحل ، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة المالك ، ويشترط

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٣) يمحصر الحنفيون شبهة الفعل في ثمانية مواضع في جريمة الزنا ، أحدها إتيان المطلقة ثلاثاً أثناء العدة ، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة في هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا .

في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع ؛ لأن النص الثاني يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكماً ، فالشبهة في الحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل ^(١) .

ويضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات ، وهو شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الجاني عالماً بالتحريم ، ولكن أصحابه وباقي الأئمة الأربعة يخالفونه في هذا ، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجاني يظن الحل ويعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأى أبي حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة الحل ، وشبهة العقد .

١٨١ - ما يترتب على درء الحدود بالشبهات : تختلف النتائج التي تترتب

على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه ، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه في ثلاث حالات : الأولى : إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة ؛ فمن زفت إليه غير زوجته ، فأثاها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

وإنما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائي لديه ، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالاله وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً ؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة ، وهو كون المال مال الغير .

الثانية : أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للتهم ، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي ، أو تزوج زواج متعة ، لا يعاقب حداً ولا تعزيراً باعتباره زانياً ؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فأحلها بعضهم ، وحرّمها البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال ، ومن ثم تجب تبرئة التهم من الجناية المنسوبة إليه . الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة ، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرًا ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ، جرى الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما ، وبرئ التهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يحن ويفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، جرى عنه الحد ؛ لشبهة عدم التكليف ، وبرئ مما نسب إليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدي في الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أياً كان مصدر الشبهة ، فالأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » ولكنه يعزر ؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أي شبهة في الحل ، ومن يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في الحل ، ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرماً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد عند أبي حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافهاً كالتراب ، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه الحد السرقة عند أبي حنيفة ؛ لشبهة التفاهة والإباحة . ولكنه يعزر . ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأى أبي حنيفة لشبهة عدم الحرز ، ولكنه يعزر . وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلاً ، واشتبّه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ ، جرى عنه

الحد ، وعزز على ما نسب إليه ، ومن يقر على نفسه بجرمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره ، فإذا عدل عن إقراره ، كان عدوله شبهة تدرك الحد ، ولكنّه يعزز بدلا من عقوبة الحد . والفرق بين عدول المقر عن الإقرار ، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزز عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم . وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يتهم نفسه عادة بجرمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمة غيره كذبا بما لم يفعله ؛ على أنه إذا تبين أن الإقرار كان نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجبا ، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في إقراره ، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرك به الحد للشبهة ، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه جانب الصدق ، فيصلح دليلا يعزز به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٣ - هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ :-

الأصل فى قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود ، ولا تطبق فى حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية ؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع ، وليس للقاضى أن

يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا في حالة درء الحد للشبهة .

١٨٣ — المبدأ الثاني تفضيل الخطأ في العفو : من المبادئ العامة المقررة

في الشريعة أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة ، وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام : « إن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني ارتكب الجريمة ، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة ، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجاني ، وجب العفو عن الجاني أي : الحكم ببراءته ؛ لأن براءة المجرم في حال الشك خير للجماعة . وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو على الأقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني .

١٨٤ — القانون والشرعة : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة

الشرعية في التفسير ، وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضي في تفسير النصوص الجنائية ، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة في حماية المصالح العامة ، إلى التوسع في تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة ؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة ، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق ، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرباء منقولاً ؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة ، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التي تتبعها المحاكم يجذبها أكثر الشراح ، وهي عين الطريقة التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة في القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم ، وتطبيق هذه القاعدة

قد يؤدي إلى تخفيف عقوبة الجاني ، وقد يؤدي إلى تبرئة المتهم ، فمثلا إذا شكت المحكمة في توفر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه ، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم ، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بمقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وإذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة ، أو في توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم في القانون ، يقابل في الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ في العفو ويؤدي إلى نفس نتائج هذين المبدأين^(١).

المبحث الرابع

في تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ - التعارض : إذا تعارض نصان في قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجع أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن ، وإما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا ، ويرجح الحكم على المفسر ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجح العام على الخاص . ومن جهة السند يرجح الخبر الذي رواه من أهل الفقه والأمانة على غيرهم .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة ، وتخصيص

(١) القانون الجنائي لملي بدوي ص ١٠٦ - ١١٠ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ - ١١٥ .

الآخر بحالة أخرى ، أو يجعل أحد النصين مبينا للحكم الدينوى ، والثانى مبينا الحكم الأخرى ، أو يجعل أحدهما حقيقيا ، والثانى مجازيا أو بغير ذلك .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يقدّم دليل على رجحان أحدهما على الآخر ، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة ، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد .

ويراعى دائما في حالة الترجيح، والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ، لتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة .

١٨٦ - النسخ - هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا بإطلاا كلياً أو جزئياً لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع بنص صراحة على إبطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث في تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس في البيوت والإيذاء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وَاللّٰتِ يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ ، فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ ، أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ، وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهِمَا مِنْكُمْ فَأَذَوْهُمَا ، فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا ﴾ ثم نسخ ذلك صراحة بقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ، وَبِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « خَذُوا عَنِّي فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ؛ الْبُكَرُ بِالْبُكَرِ جَلْدَ مِائَةٍ وَتَغْرِيبَ عَامٍ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدَ مِائَةٍ وَرَجْمَ بِالْحِجَارَةِ » . ومثل النسخ الصريح أيضاً قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها ، فإنها تذكركم الحياة الآخرة » .

والنسخ الضمنى هو أن يصدر الشارع تشريعاً لاحقاً ينسخ فيه صراحة

على إبطال التشريع السابق ، ولكنه يأتي في التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .
والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئى هو أن يحىء التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

١٨٧ — محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية ، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى أن ما ورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهى :
أولا - النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسوله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات ، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات ، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقه ، والفساد فى الأرض ، والظلم ، وغير ذلك .
ثانيا : - النصوص التى جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿ فأما نمود فأهلكوا بالطاغية ﴾ وكقول الرسول « نصرت بالرعب مسيرة شهر » ؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للخبر به ، والكذب محال على الشارع .
هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلا له ،
أما ما عداهما من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ — متى لاه النسخ ؟ وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله ، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة ، ينطبق على العهد الذى كان التشريع ينزل فيه ، وهو ينتهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ ، ولا هى محل له ، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحي ووفاة الرسول .

١٨٩ — أى النصوص تمنع الأخرى ؟ : القاعدة العامة فى الشريعة أن النص لا ينسخه إلا نص فى قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه . والنصوص فى الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس ، وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات ، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة ، فهما اللذان جاء بأسس الشريعة وأحكامها العامة والمخاصة ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة ، وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهى لا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن ، والسنة ؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما ، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التى يصدرها أولو الأمر ، فالإجماع أساسه اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة ، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها . والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر ؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها كلما كانت صادرة على هذا الأساس ، وإلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها .

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لها ،

ولا يمكن عقلاً أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه، وإذن فن الحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس^(١) أو قانون أو لأئمة .

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً ، وقد تنسخها السنة المتواترة ؛ لأنها كلها قطعية وفي قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً ؛ لأنها في قوة واحدة ، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ؛ لأنها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآني أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الوحي ، وانقطع ورود النصوص ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً ، وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام ، ويبين مقيدها المطلق ؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التي انتهت إليها .

١٩٠ — حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن

يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ؛ لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة . فلا إجماع بلا مستند شرعي^(٢) وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستنداً إلى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفاً لها ، إلا إذا كان إجماعاً ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ، وكل ما يأتي عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً .

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ١٢٦ - فواع الرحمت في شرح مسلم الثبوت ج ٣ ص ٨٤

(٢) فواع الرحمت في شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .

شروط القياس ؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص ؛ لا اشتراكهما في علة الحكم ، فالحكم الذى يحىء عن طريق القياس هو دائماً حكم من أحكام القرآن أو السنة ، فإذا فرض أن قياساً ما ، جاء بحكم يخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلاناً مطلقاً ؛ لأن من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع^(١)

المبحث الخامس

في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة ، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً ، وليس لأحد أن يطيعها ، بل على كل مسلم أن يحاربها . وسنبين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان في الشريعة : أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهي لم تجئ عبثاً ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به ، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ . [النساء : ٦٤]

ويقول : ﴿ وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ . [الحشر : ٧]
 ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ : [النساء : ٥٩] -
 وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات ، والحكام والمحكومين
 وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة
 أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو
 مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً ، ولا يترتب عليه أى
 أثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل
 بطلاناً مطلقاً ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة ، وكل
 تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً . فالعمل إما أن
 يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح ، وإما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل ، وهذا
 هو رأى جمهور الفقهاء .

والخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ،
 فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم
 يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد ، أى فى العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون
 صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة ، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً
 مطلقاً إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف ، أى : فى ركن من أركانه ، أما إذا
 كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف ، أى : فى شرط خارج عن ماهيته
 وأركانه ، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً . والفرق بين الفاسد والباطل عندهم
 أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً ، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره ^(١) .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر -
 أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ - المستصفي للقرائى

ج ١ ص ٩٤ - أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ - ١٠١ .

تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية ، أو خارجة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الإسلامى ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقاً لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام ، أو يمس حقوق الله طبقاً لتعبيرهم ، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلاناً مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية ، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات المخالفة للشريعة :-

بينما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية ، وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، وإلى الإجماع ، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل ما يخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل ما يخالفها ، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك :-

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع ما يخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانوناً ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرماً تحريماً قاطعاً على المسامحين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ما جاء به الرسول ، وإما اتباع الهوى ، فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ ، وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ اتَّبَعَ هَوَاهُ بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ [سورة القصص : ٥٠] .

كدلت قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لثالث لهما : أولهما : الحق ، وهو الوحي الذي أنزل على رسله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحي ، فقال جل شأنه : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ، فأحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ [سورة ص : ٢٧]

وقال تعالى موجه الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ؛ إنهم لن يضفوا عنك من الله شيئاً ، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين ﴾ [الجمعة : ١٨ ، ١٩] فقسم الأمر بين الشريعة التي جعل رسوله عليها ، وأوحى إليه العمل بها ، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها ، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالأول ونهى عن الثاني . وقال جل شأنه : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلاً ما تذكرون ﴾ [الأعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة ، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، وبين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله ^(١) .

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمناً ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ، ونهت نهياً جازماً عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعاً هواه منقاداً إلى الضلال ، مضلاً لغيره ظالماً لنفسه ولغيره ، كافراً بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يتعاضد إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه . واعتبر الرضاء بغير حكمه ضلالاً بعيداً ، واتباعاً للشيطان ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ألم تر إلى الذين

يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكوا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً [النساء : ٦٠] .

فن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكون إليه غير الله ورسوله . أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، ولا أن يقبل حكماً غير حكمه ^(١) .

٣ - إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله ، ومن تغير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلاً ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن ^(٢) .

٤ - إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله ، واتقوا الله إن الله سميع عليم ﴾ [الحجرات : ١] أى لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتى ، ولا تعطوا أمراً حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ، ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٦ .

(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون ﴿ [الحجرات : ٢] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سبباً لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياساتهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطاً لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنه ﴾ [النور : ٦٢] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أو فعل ، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، وإن لم يوافقه - ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد انتفى عنهم الإيمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم ^(١).

٥- إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً ، وظالماً ، وفاسقاً ، فقال جل شأنه : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ [المائدة : ٤٧] ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفاراً وظلمة وفاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاماً غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحمد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر

عليه فهو كافر قطعاً ، ومن لم يحكم به لعله أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيقاً لحق ، أو تاركاً لعدل ، أو مساواة ، وإلا فهو فاسق^(١)

٦ - وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكماً غير حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق ، وأن يعرض عن الداعين إليه ؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ما جاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ، وسياسة ، ورأى ، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله . وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى ، وكلمة الله هي العليا^(٢) .

ذلك هو حكم الله ، نزل في الصادقين عن سبيل الله ، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً ، فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحساناً وتوفيقاً . أولئك الذين يعلم الله ما في قلوبهم فأعرض عنهم وعظّمهم وقل لهم في أنفسهم قولاً بليغاً ﴾ [النساء : ٦١ - ٦٣] .

٧ - إن الله نهى الإيمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير ، ولم يكتف في إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه ، وأن يسلموا تسليماً ،

(١) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥ — روح المعاني للألوسی الجزء السادس

ص ١٤٥ — تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ — تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

وينقادوا للرسول اقتياداً ، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه
 فالؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام
 وأفضلها ، ولوقال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لا يكون مؤمناً إلا إذا أطاع
 طاعة تامة ، واقاد اقتياداً تاماً كاملاً ما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً
 مما قضيت ويسلووا تسلياً ﴾ [النساء : ٦٥] .

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر
 رسوله فهو خارج عن الإسلام ، سواء رده من جهة الشك فيه ، أو من جهة
 ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعي الزكاة ؛
 لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس
 من أهل الإيمان ^(١)

٨ - إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أو أباحت
 السلطة الحاكمة أياً كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون
 التشريع موافقاً لنصوص الشريعة ، متفقاً مع مبادئها العامة وروحها التشريعية
 فإن استباححت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر
 قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها موضع التنفيذ ، فإن عملها لا يحل هذه
 القوانين المحرمة ، ولا يبيح لسلطان يتبعها أو يطبقها ، أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛
 بل تظل محرمة تحريماً قاطعاً على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الأفراد لامن
 حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ،
 لأن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالاً ، وإنما تجب ضمن طاعة الرسول ، ولا
 تجب لهم مطلقة ، وإنما تجب في حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول يجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتي الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا يجب لهم استقلالاً وإنما هي في ضمن طاعة الرسول ، كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضي أن لا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولي الأمر ، فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول ، وبعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمح له ولا طاعة ^(١).

٩- إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقال : « إنما الطاعة في المعروف » . وقال في ولاية الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمح له ولا طاعة » .

وفي عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمراً فتقاعسوا عن تنفيذه ، فجمع خطباً وأشعل ناراً ، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعو لي وتطيعوا ؟ قالوا : بلى . قال : فإني آمركم أن تدخلوا هذه النار ، فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : « لودخلوها لما خرجوا منها » أي لخلدوا في النار في الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأمرهم وظناً منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصرُوا في الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها . وإذا كان

هذا حال من قصر في الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمراً مخالفاً مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟ ^(١).

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لا طاعة لأولى الأمر إلا في حدود ما أنزل الله ، فهذا أبو بكر خليفة رسول الله يقول مخاطباً المسلمين بعد مبايعته : أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم . فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل في حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة ، وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله ، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك ^(٢) ولا خلاف بينهم قولاً أو اعتقاداً في أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وأن إبادة المجمع على تحريره كالزنا والسكر ، واستباحة إبطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع ما لم يأذن به الله . إنما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أو امره ونواهيه المخالفة للشريعة ^(٣) .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بينها ، وإن حقهم في التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية . والثاني - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكنت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ - المذهب ج ٢

ص ١٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٣) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - روح المعاني

للألويس ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها .

الشريعة ، ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة ، وإذن فهي في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به إما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نواباً عن الجماعة الإسلامية ، فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ما جاء به ، وإن كانوا نواباً عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به ، وإلا خرجوا على حدود النيابة ، لأن الجماعة لم تقمهم حكماً إلا لإقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية . فأولى الأمر - أيا كان السند الذي يستندون إليه في حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٣ - إن الشريعة الإسلامية هي الدستور الأساسي للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء في التشريع ؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها في كل زمان وكل مكان ، فتنطبقها ليس محدوداً بزمن ، ولا مقصوراً على أشخاص أو أجيال أو أجناس ، وهي واجبة التطبيق حتى تُلغى أو تنسخ ، ولا يمكن أن تُلغى أو تنسخ ؛ لأن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية بل وفي القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لا ينسخها إلا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها ، أي نصوص صادرة من نفس الشارع أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التي أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعي على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآناً أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة ، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحي ، ولا سنة حيث توفي الرسول ،

ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية في درجة القرآن والسنة ؛ أو أن لها من سلطان التشريع ما لله وللرسول ، ولكن الذى يمكن أن يقال وهو الواقع إن أولى الأمر منا لا يملكون حق التشريع ، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول ، وقد انتهى عهد بوفاته الرسول ، واستمر أمره باقطاع الوحي ، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلمهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذاً لما شرعه الله ورسوله ، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقاً لما شرعه الله ورسوله ، فله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصاً وأحكاماً أساسية ، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هي ، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها ، ولهم في سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية ، وإقامة الجماعة على أساسها ولكن ليس لهم بأى حال أن يمتطوا التشريعات الأساسية أو يلفوها ؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا ، قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعى ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التى يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة ، ولا يمكن أن يتطلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصرى ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام . وأنه المصدر الذى تأخذ عنه ، والمرجع الذى تنتهى إليه ، والحاكم الذى تأتمر بأمره

وتنتهى بنهيه ، فوجود هذا النص في الدستور المصرى ، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضى أن تقتيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلى والخارجى ، وفى كل أوجه نشاطنا ، فلا نخل إلا ما أحلتها الشريعة ، ولا نحرّم إلا ما حرّمته ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لاندكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، وبطلان القوانين المخالفة لها ، وإنما نذكره فقط لنبين ما يقتضيه ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره ، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه ، وحكم الدين الإسلامى : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وأن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمي دستوراً أو قانوناً أو لائحة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات ، التى لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارقة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف فى تطبيقها ، فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفاً للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد ، ويجب أن لا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لاتشترط فى أى قانون فلهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح

والأوامر ، فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانوني اعتبر صحيحاً ولو كان مخالفاً للدستور ، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتعتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم في درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل^(١) .

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها ، فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هي التشريع الأساسي للمسلمين ؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعبادة المشترعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً ، فعملها في القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفت الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثني عشر قرناً ، ويكفي الشريعة غمراً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين ، وأن تكون النظرية التي يهملها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هي نظرية الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الناس يحفلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية فليس الذنب ذنب الشريعة ، وإنما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها .

١٦ - إن استيفاء التشريعات لمخالفة الشريعة شكلها القانوني لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتور ن. كامل مرسى والسعيد مصطفي ص ١٠٩ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها - القانون الجنائي للى بدوى ص ١٠٥ .

تؤثر على بطلان الموضوع ؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا ، والباطل صحيحاً ، ومن ثم يجب على القاضى أن لا يطبق التشريعات المخالفة للشرعية ولو استوفت شكلها القانونى .

١٩٤ - مرسى بطلان ما يخالف الشريعة : قلنا : إن ما يخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقاً ، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشرعية دون غيرها ؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولأنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشرعية . وتعتبر النصوص الموافقة للشرعية صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة ، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصراً على النصوص المخالفة للشرعية فإن هذه النصوص لا تعتبر باطلة فى كل حالة ، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة ، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها ، إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدمًا .

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن ، وجلد الزانى غير المحصن ، والزنا شرعاً هو إدخال الحشفة أو مقذارها فى الفرج ، فما كان دون ذلك فلا حد فيه ، وإنما فيه التعزير ؛ فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملاسة كل ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد . وهى الرجم والجلد .
فإن التام لا يعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درى الحد للشبهة .
أما إذا كان المصادم للشرع ، وعلى هذا فالجرائم العامة التى يجب فيها الحد لا يجوز

أن تطبق عليها نصوص القانون ؛ لأنها تخالف حكم الشريعة ، وتعاقب بمقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامة التي درى فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالمقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقاً للشريعة . والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات ، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التي لا يعاقب عليها بمقوبة الحد أي بأية عقوبة مقدرة ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة العادية عقوبتها القطع في الشريعة ، وعقوبتها الحبس في القانون ، ولكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالمقوبة هي التعزير ، والمقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع ، وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولكن القذف للمعاقب عليه بمقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب ، وما عدا ذلك لا يعتبر قذفاً وإنما يعتبر سباً وعقوبته التعزير ، ولما كانت الأجزئية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بمقوبة الحد ، وتعتبر صحيحة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بمقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(١) .

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصري لا يعس الحقوق الشرعية طبقاً للمادة السابعة منه .

١٩٥ - ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة : يترتب على

اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبينها فيما يلي : -
أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : - يجب على القاضي أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة ، وليس للقاضي أن يحتج بأى القوانين لا تخوله حق الفصل في محتها وبطلانها مرتكنا في ذلك إلى نفس هذه القوانين ، فإن سلطة القاضي في إبطال ما يخالف الشريعة تأتي من الشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضي ببطلان النص المخالف أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه ؛ لأن القاضي لا بد أن يبين في حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء في أسباب الحكم فقط ولم يدخل في منطوقه ، لأنه سبب جوهري . والأسباب الجوهرية تعتبر جزءاً من منطوق الحكم .

وليس للقاضي أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرئ المتهم . ليس للقاضي ذلك ؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التي قررتها ، فإذا أخذنا بحكم الشريعة في بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة في عقوبة الواقعة ، فيجب إذن أن لا يحكم القاضي بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية ما دام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضي ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة ، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقد حقا ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه ، بل هو

من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا - من وجهة الاختصاص : - وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية . ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، ولولى الأمر طبقاً للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى ، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائماً أصلاً على أساس مساهمة العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئاً عن عقوبات الشريعة فلتنظر إلى الجريمة ذاتها ، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصاً بحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلاً من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا يكون القاضى الجزئى مختصاً بنظر قضايا السرقة العادية ، والقذف ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد ، والسرقة التى ترتكب بالطريق العام ، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحراقة ، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل نص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل لهذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقاً للقانون .

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما ، فإن كان القانون قد جمعه من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة ، وإن كان قد جمعه من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها ، ويمكن القول بأنه لا داعي لاختصاص محاكم الجنايات في الزنا من غير محصنين ؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح ، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد ، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هي المختصة ، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور .

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات ؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أى القتل بطريق معين ، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات ، وليس من اختصاص القاضى الجزئى . وإذا كان أحد الزانيين غير محصن ، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً ؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته ، ووحدته الفعل المنسوب للزانيين تقتضى أن يحاكم عليه أمام محكمة واحدة ؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن ، وإن كان له أن يعاقب الزانى المحصن . أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد ؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثاً - من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية ، أو مدنية ، أو تجارية أو دولية إلخ . إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة ، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة ، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، إذ لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة .

أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالاً تاماً ، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة .

ولا يشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كاللذهب الحنفي مثلاً أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم . وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالحالف باطل ، ويحل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعى معين .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية ، وتعديل القوانين تعديلاً شاملاً على أساس هذه النظريات .

رابعاً - من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ - مدى التغيرات التى سترتب على الأخذ بنظرية البطلان :

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يودى تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير فى أوضاعنا القانونية ؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشريعة ، وإذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وسنكتفى هنا

بيان التغيرات التي تصيب قانون العقوبات^(١) وهي ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة ، وتختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير .

١٩٧ - أولاً : في جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة في الشريعة وهي على سبيل الحصر سبع جرائم : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحراقة ، الردة ، البغى . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة ، فإذا توفر هذان الشرطان فلا بد من عقوبة الحد . وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها . أما في الحالات التي لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة ، أو درى الحد للشبهة ، أو كانت الجريمة شروعا ، فالعقوبة في هذه الحالات طبقاً للشريعة هي عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه إلى ولي الأمر ، ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررّة ممن يملك حق تقريرها ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات ، وإذن فقانون العقوبات لن يعطل إلا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال في الشريعة ، أما قانون العقوبات

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغيرات التي تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان ؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة ، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها ، وأن نعرف النصوص الباطلة في قوانين الإجراءات ومدى بطلانها ، وهكذا نستطيع كلّا عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : لأن حكم القانون باطل إذا كان مخالفاً للشريعة ، ولأنه صحيح إذا كان موافقاً للشريعة .

فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فإن من الصعب عملاً تنفيذه ، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدد دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً ، فإذا قتل المرتد إنساناً وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه ؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة ؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد . وهذا الواجب ليس فرض عين وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين .

١٩٨- ثانياً : فى جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من

الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترباً بسبق إصرار وترصد ، أو غير مقترب ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصرى فيعاقب بالإعدام على القتل المقترب بسبق إصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسلم ، وعلى القتل المقترب بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويحيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة ، واستبدال غيرها بها إذا

كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولى الجنى عليه أن يعفو عن القصاص ، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولى الدم إما العفو مجاناً ، وإما إلى الدية أو مقابلها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى ، وكان على القاضى أن يحكم بها ، ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجاناً أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية ، طبقاً لرأى مالك^(١) أما أبو حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) وأحمد^(٤) فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة . والقانون المصرى لا يجعل لعفو أولياء الجنى عليه أثراً على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً يودى إلى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى ، وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير . فكان المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة ، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبالعقوبة تعزيرية ، وفى حالة العفو مجاناً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ، ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام ؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقاً للشريعة ، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المذهب الجزء الثانى ص ٢٠١ وما بعدها .

(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

ويقدرها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضي في عقوبات التعازير .

وفي بعض الحالات يتمتع القصاص في القتل العمد ، طبقاً للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحمل محل القصاص كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ، وما قيل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجباً ، طبقاً للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص ، سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص إلا ما يقضى بالإعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الأساس الذي كان يقوم عليه قانون العقوبات المصري قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع في القتل : يختلف حكم الشروع في القتل تبعاً لأثر الشروع ، فإن كان الشروع قد أحدث أثراً^(١) يقتض منه فالعقوبة القصاص ، وإن أحدث أثراً لا يقتض منه ، أو أثراً يمتنع فيه القصاص . فالعقوبة الدية أو الأرض ، والأصل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يميزون اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية^(٢) . وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرض ، مادام الفقهاء لا يمتنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، ومادام أولو الأمر قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي العقوبات التي نص عليها

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف معانيها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ - شرح الدررير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

قانون العقوبات ، وللقاضى أن يراعى الظروف فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشدها ؛ لأن ذلك حقه طبقاً للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذى لم يترك أثراً فمقوبته فى الشريعة التعزير ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به ، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأً ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية ، فطبقاً لرايهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح ، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير فى القتل شبه العمد ؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجراح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجراح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح فى هذه النتيجة أن مالك لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ لأن هذه النتيجة التى خالصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح ، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد . وإذن فأراء الأئمة جميعاً تؤدى إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة التعزيرية طبقاً للمادة ١٧ عقوبات أو طبقاً لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة الإسلامية هى الدية الخفيفة :

ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد ؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعاً يجيزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية كما هو

الحال في القتل شبه العمد مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير .

الجراح في العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وتعاقب بالقصاص في إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً ، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش ، أو الحكومة . ويوجب مالك أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديباً للعاجز ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقاً لرأى مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فأراء الجميع لا تتعارض مع نصوص القانون المصري ، ولا تؤدي إلى إبطالها .

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن ثم يجب فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد .

الضرب الذي لا يترك أثراً : تعاقب الشريعة على الضرب الذي لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة .

١٩٩ - ثالثاً : في جرائم التعازير : علمنا مما سبق^(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر ، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والحفاظة على أمنها

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

ونظامها ، ويشترط أن لا يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة . أو روحها التشريعية .

والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير : أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدّها ، وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والجرم .

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها ، إلا أنه ليس في الشريعة ما يلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أوّل الأمر ، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيفها إذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداها ، كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة ، بحيث لا يستطيع القاضي أن ينزل عنه ، وهذا الذي لا تمنع منه الشريعة هو الذي عمل به في قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر ، فإن الجرائم التي تنص عليها تعتبر طبقاً للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت في البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشريعة ، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالاً تاماً ، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم ، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم ، فإنه يؤدي إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية ، وعلى ما لهم من حق التشريع من ناحية أخرى ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير : -

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح ، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهز في صلاة الإسرار ، والإسرار في صلاة الجهر ، وكالزيادة في الصلاة .

النوع الثانى : جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا تختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة ، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صورته ، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجرائم القمار والمراهنة ، فإن الشريعة تحرمها تحريماً مطلقاً ، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان : - قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة ، كقوانين تنظيم المهن ، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمكافحة الآفات والأمراض . وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لأئحة بيوت الدعارة ، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحتها الزنا والترخيص به رسمياً ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة ، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صورته تحريماً مطلقاً . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمر وبيعها وتقديمها ،

فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحتها شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً .

٢٠٠ — مرمى مقول أولى الأمر فى التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق

إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقه به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر ، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث صممه إياه^(١) وجمع الشارع الجرائم والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر ، وجعل للعقوبة حداً أدنى واحداً أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه ، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا أن لا يعاقب إلا على ما نص عليه هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها ، وبالعقوبات التى عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ، كالمباح فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره

(١) نص الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متأثراً فى ذلك بالذاتير الأوربية ، ولا شك أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ما قصده واضعوا الذساتير الأوربية ، أى قصدوا أن لا يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى ، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها ، إذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى حاه بها الإسلام وأوجبها ، فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الذساتير الأوربية كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية ، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثانى باعتبار أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معاً .

وأياً كان مقداره ، أما القانون فلا يحرم الربا إلا في صور خاصة ، وبشروط معينة ، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها ، والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها . وبالإجمال فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها ، واكتفى بإقامة ما نص عليه في قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

هذا هو الذى فعله الشارع في مصر ، وقد فعل مثله في غير مصر من البلاد الإسلامية ، فهل في قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة على هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر في الشريعة ، ومدى هذه الحقوق . ومن المسلم به في الشريعة أن لولى الأمر في تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق :

٢٠١ - الحق الأول : هو التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه . وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها . وولى الأمر مقيد في استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده في التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، أو دفع مضرّة أو مفسدة . وعلى هذا فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان في حدود حقه ، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فإن فعل فعله باطل ، وإذن فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت ؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها ، والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون ؛ لأن كل نص

قانوني يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف ، أما الجرائم التي تتفق في أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ؛ لا لأنه حكم القانون ، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التي نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، ما دام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به .

٢٠٢ - الحق الثاني : هو تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص

القضاء فيجمل الفصل في الجرائم لقضاة معينين ، ويجعل لبعضهم الفصل في جرائم بعينها ، وللبعض الآخر النظر في بقية الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وحق لولى الأمر في تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاء ، ولا يمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل . فمثلاً لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاء من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، ولكن ليس له أن يمنع القاضي من نظرها على الوجه الذي حرمته الشريعة . ولولى الأمر أن يحدد العقوبات التي يملك القاضي توقيعها في جرائم التعازير ، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية في جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية .

ويعتبر القاضي مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التي خص قانوناً بنظرها ، ولا عبرة بسكوت لولى الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن

الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها ؛ ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها ، فإذا عطّلها لم يكن للقضاء أن يسايره ، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة ؛ ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة ما دام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعطلة .

و يعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة . والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها . وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة ؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية . فإذا تحقق هذا الخروج كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة ؛ لأنه ليس له أن ينظر إلا ما يتفق مع الشريعة ، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل .

وإذا كان من واجب القاضى شرعاً أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فإما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات ، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ؟ .

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة ؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة ؛ ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم . ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها ، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون ، أو يدخله فى حسابه وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى

ملائماً لظروف الجريمة والمجرم ، ذلك أن الأصل في الشريعة أن جرائم التعازير مجموعة من العقوبات تندرج من أنفة العقوبات إلى أشدها ، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ، وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وإنما له الخيار . والتميين يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة ، فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها ، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضاً عليها ، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى ، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة . فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط ، ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفي والقتل والحبس إلى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لأن نية ولى الأمر ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنائيات .

أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة ، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون ، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه فى القانون ، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التى نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التى يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية .

٢٠٣ - الحق الثالث : هو العفو :^(١) من المسلم به في الشريعة أن لولى

الأمر حق العفو في جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم ، فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، وله حق العفو سواء في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة ، أو في الجرائم التي نص عليها هو .

وحق ولى الأمر في العفو مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لاعفواً عن الجريمة أو العقوبة .

ولاشك أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التي حرّمها ابتداء إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضاً ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ، مادامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التي حرّمها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقاً ؛ لأنه ليس هو الذى حرّمها حتى يكون له أن يبيحها ؛ ولأن الشريعة لم تجعل له في هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ، فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها ،

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥ .

ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة ، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها ، ولا يملك لولى الأمر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح ما لم يبيحه الله ، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له .

والعلة في منع لولى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هي أن لولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثاً ؛ لأن لولى الأمر يستطيع أن يعطلها في أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتجريم .

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛ لأن لولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضاً فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفاً الشريعة ، كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق لولى الأمر في العفو أن نقول : إن الجرائم التى يحرمها لولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هي من حق لولى الأمر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح في الغد ما حرمه ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة كما يعفو عن العقوبة ، ولا قيد على لولى الأمر في استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبفرض تحقيق هذه المصلحة ، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف ، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لسكان من كان أن يخافه ، وكل عقوبة فرضتها الشريعة في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فتى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها . أما العقوبات

التي فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهي وإن كانت لازمة وواجبة إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التي فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير ، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية .

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر ، فإذا أهمل إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة ، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون إقامة الحدود من الفروض التي تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين ، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت ، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء .

وأجمع الفقهاء أيضاً على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود ، فهي واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه ، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجاني دون أن يعتبر القصاص فى هذه الحالة جريمة^(١) واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ما حرم الله ، ولا أن يبيح ما أمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم ، ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر ليس له أن يتركه إلا إذا كان العفو

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ - الأم ج ٦ ص ١٧١ - حاشية البنائى ج ٨ ص ١١٨ -

شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

خيراً من العقوبة ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو ، وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة ، وصيانة النظام العام الذي تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام ، ولما كان ولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة . ففى هذه الحالة يسقط عن عاتق ولى الأمر واجب إقامة العقوبة ^(١) .

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر ، وليست واجباً عليه ، وأساس هذا رأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله إذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجباً عليه ^(٢) .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لا يؤدى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير ؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال فى نظرية الشافعى جريمة ، وما حرمته الشريعة يحرم إتيانه ، وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال ولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولى الأمر أن لا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ؛ لأنه لم

(١) حاشية البناتى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ - بدائع الصنائع ج ٧

ص ٦٣ ، ٦٤ - المفتى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادراً على تحقيق مصالحة الجماعة وتثبيت نظامها ، ولم يول أمر الجماعة إلا الحماية صوالحها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه ، ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات ، ولا يذكرون عنها شيئاً في باب التعزير فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولي الأمر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولي الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسئول عن ضمان ما يؤدي إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه ؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلاً فهو مسئول عن ضمان ما حدث ، لأنه كان يستعمل حقاً والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة^(١) .

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين ، هي إلزام الولاة بضمان سرية عقوبات التعازير^(٢) فإذا استطعنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها ، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقاً لولي الأمر عند الشافعي ، فإن ولي الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نيتها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولي الأمر أن لا يعاقب تحقيقاً

(١) الأم الجزء السادس ١٧١ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

لمصلحة عامة ، وإن جعلت العقاب في الأصل واجباً ، فالنظريتان لا تختلفان في
نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية في تقرير
مسئولية ولي الأمر عن سيرة العقوبة .

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ - قاعدة أصولية : — القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن
النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها^(١) ، فلا تسرى على
الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها ، ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص
الجنائية ليس لها أثر رجعي ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت
ارتكاب هذه الجرائم .

وليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص ، ولكن
ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعي ولم تتعرض له ، فإن من
يتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة
كاملة في الأثر الرجعي .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية : إن القاعدة
العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي ، وإن هذه القاعدة
العامة لها استثناءان : —

أولهما : إن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم
الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام .

ثانيهما : إن التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجاني .

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازي للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثاني وجوبي ، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، وسندلل فيما يلي على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ - القاعدة العامة « لورجعية في التشريع الجنائي » : - فأما القاعدة

العامة فهي مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الأحكام التي حرمت المعاصي بعد أن فشا الإسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى ، ولهذا سنكتفي باستعراض الجرائم الهامة .

فالزنا حرم في أول الإسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة ، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ؛ فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلاً . والذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك ، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] وطبقاً لقول الرسول « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لا يعلم أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص للمعاقب على الزنا أثر رجعي .

وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً ، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائى ، والثانى : مدنى ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعياً حيث قال الله تعالى : ﴿ ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً ﴾ [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد ممن فسخ زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآن المحارم اللاتى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً ﴾ [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفريق بين الزوجين فى الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ [النساء : ٣] فرق بين الزوج وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ما حدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثر رجعى من الناحية الجنائية . وحرمت الخمر والميسر على مراحل ، فنهى المسلمون أن يقرّبوا الصلاة وهم

سكاري بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن في الخمر والميسر إثم ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ ، وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريماً قاطعاً حيث قال : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلد ، وعقوبة الميسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعي . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعي .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ ﴾ [المائدة : ٣٠] ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي .

وحرم الله الربا وكان مباحاً بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ، فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ . وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وبقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ . وَإِنْ يَتَّبِعِ فَلَئِنْ لَمْ يَنْتَهِمْ عَنْ رِئَاسِ أَمْوَالِهِمْ لَأَنْتَظِمُوا وَلَا تَتَّظَمُوا ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه . وعملًا مدنياً من وجه آخر وجاءت النصوص الحرمية بحكمين : إحداها : جنائي . والآخر : مدني . فأما الحكم الجنائي فيقتضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم . وأن العقاب على ما بعده فقط . وأما الحكم المدني فيقتضي بأن ليس للدائن غير

رأس ماله فقط فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي ، والحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوي .

وحرم الله على المحرم قتل الصيد . وجعل على قتله عقوبة ، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعي ، فقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ، وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمَّداً فِجْزَاءٍ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ، يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْعِشْقَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ صَيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ، عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ، وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] .

هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي ، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي ، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أي بانعدام الأثر الرجعي ، والبعض الآخر لم يصرح به ، وليس لهذا في ذاته أهمية ؛ لأن النص على العفو عما سلف أي عما حدث قبل نزول النص يعتبر في ذاته نصاً عاماً مقررراً لقاعدة عامة ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التي اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأنه : « لا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن ، مقدور المكلف ، معلوم له علماً يحمله على امتثاله » ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأن : « لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموماً ، فالله جل شأنه يقول : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء : ١٥] ويقول ﴿ وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا لَهَا مُنْذِرُونَ ﴾ [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ، وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى

إلا وأهلها ظالمون } [القصص : ٥٩]

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي .

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة

التي تمس الأمن العام والنظام العام :

إذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لارجعية في التشريع الجنائي، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحراة والظهار ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص .

وفي نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك فلما كان هذا الحادث وبرا الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التي يقررها ، وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك ، فإذا صح هذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي ، إذ الثابت الذي لاخلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبي . وخاضوا في عرضها ؛ وآذوها وآذوا النبي بالإفك الذي قالوا : حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً ؛ وكاد المسلمون يقتتلون ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر . وقال : « يا معشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغني أذاه في أهلي ، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد

ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيراً ، وما كان على أهلى إلا معى » فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال : أنا أعذرک منه یا رسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرک . فقام سعد بن عبادة فقال : — هو سيد الخزرج — وكان رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ ، لعمر الله لا تقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمه سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنه ، فإنک منافق تجادل عن المنافقين ؛ فتأثر الحیان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ، ورسول الله یخفضهم حتى سكتوا^(١) . فهذا الحادث الذى أهم المسلمين ، وكاد یوقع الفتنة بينهم ، والذى أنزل الله فيه قرآنا ، هو حادث هام یمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق ما یجعل للنصوص فيه أثر رجعى ؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدة النفوس النائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضاً فى أسباب نزول آية الحراة ، والذى علیه الجمهور أنها نزلت فى العرنيين ، وهم قوم من عرينة ، قدموا على رسول الله صلى الله علیه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمرهم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن یشرىوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم ، فأرسل الرسول فى أثرهم فحیی بهم ، فأنزل الله تبارک وتعالى فى ذلك قوله : ﴿ إنما جزاء الذين یحاربون الله ورسوله ، ویسعون فى الأرض فساداً ، أن یقتلوا ، أو یصلبوا ، أو تقطع أیدیهم وأرجلهم من خلاف أو ینفوا من الأرض ذلك لهم خزی فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظیم ﴾ [المائدة : ٣٣] وقیل : إن الآیة نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبیل وأفسدوا فى الأرض وروى

(١) تفسیر الطبرى ج ١٨ ص ٥٣ - تفسیر الألوسى ج ١٨ ص ٧٩ - تفسیر الشهاب على البیضاوى ج ٦ ص ١٥٩ .

ابن جرير أن الآية نزلت عتاباً للبي ؛ لأنه قطع أيدي العرنيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريماً للمثلة^(١) .

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعللة ويترب على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعى ؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

وإذا صحت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب العرنيين ، أو الرواية القائلة : بأنها نزلت في قوم مشركين ، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها ، ومن ثم يكون لها أثر رجعى ، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين ، وعلى هذا يكون الزأى الراجح أن الآية لها أثر رجعى .

ولاشك أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى ، فقد كان حادث العرنيين فظيماً ، يوشك لولم يؤخذ أحجابه بعقوبة رادعة أن يجرىء الناس على المسلمين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، ورغزعة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، ولسكن العقاب الرادع يقتضى أن يجعل للنص أثر رجعى ، فعمل له هذا الأثر حدثاً للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل النص الذف أثر رجعى ، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة ، لحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو العرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعى للنص الجنائى .

(١) تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير الما ر ج ٦ ص ٣٠٢ — تفسير القرطبي

وإذا كان هناك خلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فإنه لا خلاف في أسباب نزول آية الظهار ، وإذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك في أن الشريعة تجيز الرجعية في التشريع الجنائي ، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي ، وهذا الذي تقطع به آية الظهار ينهي الخلاف القائم في آيتي القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها ، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي .

ولقد كان الظهار^(١) في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقاً ، أى أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة ، حتى ظاهر أوس ابن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت على كظهر أمي ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه ، فقالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ، وأكل شبابي ، ونثرت له بطني ، حتى إذا كبر سني ، وانقطع ولدي ظاهر مني . فقال رسول الله : حرمت عليه ، فقالت أشكو إلى الله فاقني إليه . ثم قالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ، ونفضت له بطني ، وظاهر مني فقال رسول الله : حرمت عليه . فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت إلى الله أشكو فاقني . فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكتي ، فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعي لي روجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحْوِيرَكُمَا ، إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ . الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ سَائِهِمْ فَقَدْ أَسْهَأَ تَعْيُهُمْ . ﴾

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من نسائه بوطء من تحرم عليه منهن تعزيراً مؤبداً . بسبب أو صهر أو رضاع ، وكانت العرب تسمى ذلك بالظهار . فتعزير من ساءت عليه منهن . تعزيراً على كظهر أمي ، ولذلك سمي ظهاراً لأنه مأخوذ من الظاهر .

إِنْ أَمْسَاهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَنَّهُمْ، وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا، وَإِنْ اللَّهُ لَكَفُوفٌ غَفُورٌ. والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رُقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا، ذَلِكَ تُوعَظُونَ بِهِ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أَنْ يَتَمَاسَا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿ [المجادلة : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤]

بهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نساءهم منكراً من القول وزور ، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته ، والزور الكذب ، وإنما قال الله فيه إنه كذب ؛ لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاتهم ، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم ؛ لأن ذوى المحارم لا يحللن لمظاهر أبداً ، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه ، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة ، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه .

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه ، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تعتق رقبة ؟ قال : لا . قال : فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يا رسول الله إني إذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى . قال : فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكيناً ؟ قال : لا ، يا رسول الله إلا أن تعينني ، فأعانه رسول الله ، فأطعم ستين مسكيناً ، وراجع زوجته ^(١) .

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي .

٢٠٧ - الاستفتاء الثاني : وجوب الرقبة إذا طهر الشريعة أصلح للجاني :

إذا صدر نص جنائي أصلح للجاني وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجاني . ولو أن الجاني ارتكب جريمة تحت حكم نص أشد عقوبة

ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجاني أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقاً للنص القديم قد أصبح نهائياً ، فإن كان قد أصبح نهائياً فقد انتهى الأمر به ، ولا تعاد محاكمة الجاني طبقاً للنص الجديد . والعلة في تطبيق النص الأصلح أن العقوبة مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فإذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذى لم يحكم عليه بعند من النص الجديد المخفف للعقوبة ؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد ، ولأنه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة ؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً .

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل ، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين في الفضل وتعترف بهذا التباين ، فإذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله ، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه ، واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل ، فكانت دية النضيرى مثلاً ضعف دية القرظى ، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشرف قبيلة القاتل من يرويه كفاء القتل ، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم ، ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير . فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ؛ فقالوا له : سل في قتل شاس . فقال : إحدى ثلاث لا يغنينى غيرها . قالوا : وما هى ؟ قال : تحيون لى شاسا . أو تملثون ردائى من نجوم السماء . أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لا أرى أنى أخذت منه عوضاً . فهذا هو ولى القتل يرى أن قبيلة بأسرها لا يجزى قتلها في قتل ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهماً طويلاً واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابناً له يقال له بجير . فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبجير بكليب . وكفوا

عن الحرب . فقالوا : بحير بشسع نعل كليب . فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشرف القبيلة^(١) .

وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح ، فحما حكم الجاهلية ، وسوى في الحكم بين الناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أَلْحَكُمُ الْجَاهِلِيَّةُ يَبْفُونَ ، وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حَكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة : ٥٠] سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع ، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد ، وبين دماء الرجال والإناث ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبْ عَلَيْكُمْ الْقصاصَ فِي الْقَتْلِ الْحَرْ بِالْحَرْ ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عَنَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ، فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدَاةٍ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد ، وبهذا كان للنص أثر رجعي .

ويترب على ما توجهه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجاني نتائج منطقية هامة : -

- ١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم .
- ٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد .
- ٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم ؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدىء في تنفيذه .
- ٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا يطبق على الجاني ؛ لأنه ليس

الأصلح له ، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ - الشريعة والقانون : - بينما سبق المبادئ التي تسير عليها الشريعة

الإسلامية في سريان النصوص على الزمان ، وهذه المبادئ هي نفس المبادئ التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادئ إلا أخيراً ، فقد كانت القاعدة في القوانين الوضعية قديماً أن يكون للشارع الحق في أن يجعل لأى قانون جنائى أثراً رجعياً ، ولم يكن حقه في ذلك مقيداً بأى قيد ، فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق ، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعى ، وقد ظل هذا المبدأ محترماً من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه في أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى ، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة ، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على صالح الفردى ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق ، ومن يرى هذا رأى الشراح الإيطاليون ، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشئ عقوبات أشد لأموار كانت جرائم من قبل ؛ لأن حق المجتمع يعلم على مصلحة الجرم ، ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثراً رجعياً في قوانين معتادى الإجرام والاشتباه^(١)

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل ، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً ، ولكن له

(١) القانون الجنائى لعل بدوى ص ١١٦ / ١١٧ - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨

وما بعدها .

(٨) - التفسير الجنائى الإسلامى (

استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة ، وهذه هي نفس النظرية الإسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٥ حاکت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها ، وحکمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لا في قوانين البلاد المنتصرة أو المهزومة ولا في القانون الدولي ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبیق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثیل .

أما عن تطبیق التشريع الأصلح للنهم على ماسبقه من الجرائم فهي قاعدة معترف بها في كل القوانين الوضعية تقريبا وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا في القرن الماضي .

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في الأثر الرجعی للتشريع الجنائي ، وإن مانعته اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبیقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشرين قرنا .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على السكان

٢٠٩ - هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لالجزء منه ، وللناس جميعا لالبعضهم فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ،

ولاقارة دون قارة، وهى شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعاً لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم فكلما اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تطبق فيها الشريعة، فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول: إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

٢١٠ - تقسيم العالم: وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لثالث لهما: الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان هذا التطبيق.

٢١١ - دار الإسلام: تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام^(١)، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام^(٢) فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠.

(٢) أصنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤.

يظهرون أحكام الإسلام ، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام -
وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون ، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي
وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ، و يقيمون إقامة دائمة
في دار الإسلام ، بفض النظر عن معتقداتهم الدينية . فيصح أن يكونوا مسيحيين
ويصح أن يكونوا يهوداً ، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة ، أو عباد
ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن
العصمة^(١) في الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان ، والأمان . ومعنى الإيمان
الإسلام ، ومعنى الأمان العهد ، ويكون بعقد الذمة ، وبالمواذعة وبالهدنة ،
وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام ، لقوله
عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله » ،
فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ، ومن دخل في أمان المسلمين
بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ، ولو بقى على غير دين الإسلام
فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم ، وسكان دار
الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم^(٢) .

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين : (٣) أمان مؤقت ، وأمان مؤبد
فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة ، وكالإذن بدخول دار الإسلام
لأجل معين . والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به ، ولا يكون إلا
بعقد الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام ،

(١) العصمة معناها: عدم الإباحة، فن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال -

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ٢١٨ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل

ج ٣ ص ٣٦٠ - ٣٦٤ ، ٣٨٠ وما بعدها - الفتى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالَّت إقامته ، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه ؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم ، والمسلم فى دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة له ، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة^(١).

وكما يعتبر الحربى مباح الدم إذا دخل الاسلام دون إذن ، فكذلك يعتبر المسلم والذى مباحى الدم للحربيين إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فإذا دخلا بإذن أو أمان سُمى كلاهما مستأمنًا ، على أن تكون إقامته مؤقتة ، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء ، فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه ، فإن خرج عن إسلامه صار حربياً ، وإذا أراد الذى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربياً .

وإذا تزوج المسلم أو الذى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمّية . أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمّية فإنها لا تصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على رأى الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمّية^(٢).

٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا سابقاً أن الشريعة فى أصلها

(١) بدائى الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) البحر ارائق ج ٣ ص ١٠٢ .

عالمية ، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام ، وقد بقي أن نعرف مدى هذه الإقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، فهل تطبق على ما يرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم في دار الحرب ؟ .

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون في دار الإسلام ، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة ، كما كان الحال في عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم ، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون في دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا في دار الإسلام فقط بل وفي خارج دار الإسلام . فالمبدأ الشرعي العام إذن هو سرى الشريعة على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام ، وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها ، فهي شريعة عالمية كما قلنا ، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لا تسمح بتطبيق الشريعة إلا في بلاد الإسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفى نزولاً على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، ولو كان مرتكبها لا ينتمي لدار الإسلام ؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن في دار الإسلام على كل من يوجد في هذه الدار ، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام ؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين في دار الإسلام وإن كان لا يمكن تطبيقها على دار الحرب .

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية ، ولا خلاف عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعاً للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق ، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سر بيان التشريع الجنائي على المكان .

٢١٤ - النظرية الأولى : - صاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام ، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً ؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانوناً غيرها ؛ ولأن الذي ألزم أحكام الإسلام التزاماً دائماً يقبوله عقد الذمة الدائم .

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حق الله ، أي تمس حقاً للجماعة ، وإتما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقاً للأفراد ، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى المستأمن .

ويعمل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة ، بل حاجة يقضيها ، كتجارة أو رسالة أو مجرد المرور ، وليس في الاستئمان ما يفرسه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات ، بل هو يلزم فقط بما يتعلق مع غرضه من دخول دار الإسلام ؛ وبما يرجع إلى الحصول مقصده وهو حقوق العباد ؛ فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى ، مادام قد التزمنا له بما عهد الإنصاف . وكف الأذى منه . ولما كانت جرائم القصاص والعطف مما يتعلق بحقوق العباد ، وبما هي أساساً شديداً ، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين . يؤخذ بغيرهما من جرائم ، التي تمس حقوق الأفراد كالعصب والتبديد ، أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فلا يدخل في نطاقها .

عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة ^(١) .

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم في دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار الإسلام ؛ لأن المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذى بأحكام الإسلام ، وإنما كان مقامه ، وإنما هى واجب الإمام فى إقامة الحد ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة ؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة ، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها ، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة ^(٢) .

ومعنى ما سبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة . وابتدأت على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة ؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة .

وإذا ارتكب المسلم أو الذى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب ، فلا يسقط هربه العقوبة ؛ لأن الفعل وقع موجبا للعقوبة ، وكذلك حال المستأمن وما يعاقب على ارتكابه من غير أنهم ، فإن عودته لدار الحرب لا يسقط عقوبته ، ولا تنفذ العقوبات على جرائمه ^(٣) .

مسألة : يسود الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى

المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة في دار الإسلام ؛ لأن أرض المعسكر في حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعسكر لهذا دار إسلام . أما الجرائم التي ترتكب خارج المعسكر ، فحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب^(١) .

ويرى أبوحنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام ، لقوله عليه السلام : « لا تقطع الأيدي في الغزاة »^(٢) .

ويفرق أبوحنيفة في جرائم القتل بين عدة حالات : فإذا كان القتل قد أسلم وبقي في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم أو ذمي من أهل دار الإسلام ، وإذا كان القتل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . وإذا كان القتل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبوحنيفة أن لا قصاص ولا دية في قتله ؛ لأن الأسير يبطل عصمة الأسير ، ولكن محمداً وأبا يوسف يخالفان في هذا ، ويريان أن الأسير لا يبطل عصمة الأسير ، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام ، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ؛ لأن ولاية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضي^(٣) .

ويجيز أبوحنيفة للمسلم والذمي إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا برأيا مع حربي أو مع مسلم لم يهاجر إلينا ، لأن الربا إتلاف مال للحربي برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان ؛ لأن المسلم الذي لم يهاجر أمواله غير معصومة

(١) منهاج الصائغ ج ٧ ص ١٣٢ .

(٢) شرح تقي الدين ج ٤ ص ١٥٤ .

(٣) منهاج الصائغ ج ٧ ص ١٣٣ .

ولأبي يوسف رأى مخالف في هذه النقطة ، فهو يرى أن المسلم والذي عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحا في دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم في دار الإسلام وفي دار الحرب . ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى في دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة . أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز ^(١) . ومن المتفق عليه في مذهب أبى حنيفة أنه لا يجوز للمسلم والذي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا في دار الحرب ، كما لا يجوز لهما ذلك في دار الإسلام ، فإن تعاقد في دار الحرب فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على أخذ الربا الضمان أى رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب ؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

وإذا دخل المسلم أو الذى دار الحرب مستأمنًا فأدان حربياً أو أدانته حربى ثم خرج المسلم أو الذى إلى دار الإسلام ، وخرج الحربى إليها مستأمنًا ، فإن القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالغصب ؛ لأن المداينة في دار الحرب وقعت هدرًا لانعدام ولايتنا عليهم ، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا ، وكذلك الغصب ؛ ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون ، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى ، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام ، وإنما التزم المسلم أو الذى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم ، وأن ينصفهم ، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذى المستأمن وأن يكفروا عن إيذائه . فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئاً فقد غصب مالا مباحا له ، ولكنه حثت بعهدته وغدر وأذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم يمتنع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

والحنث والغدر في ذاته ليس سبباً لتحريم المال المباح أو تحليل المال المحرم .

والحكم كذلك لو كانا حربيين أدان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرعا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما في الدين ؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضي ، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين ، فإن القاضي يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضي ^(١) .

وإذا غضب المسلم أو الذمي مسلماً أو ذمياً في دار الحرب أو أذانه فلا عقوبة على الغضب ، ولكن يقضى بالدين و بضمان المنصوب ، والعلة في امتناع العقاب هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والعلة في القضاء بالدين والضمان هي قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضي .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من مسلم أو ذمي على حربى لا يعاقب عليها ، طبقاً لرأى أبي حنيفة لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم في دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه الجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم إذا كان الجنى عليه في حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام .

أما إذا كان الجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضاً لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن المحاكم في دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه الجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التي وقعت في دار الحرب ، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يعتبر عقوبة من بعض الوحوه ، كالدية فإنها تعتبر تعويضاً من وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات السجنية ، أما العقوبة التي فيها معنى تعويض

الجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها ؛ لأنها تحكم بها باعتبارها ضماً لا باعتبارها عقوبة .

هذه هي نظرية أبى حنيفة في سريان الشريعة الإسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه في عدم سريان الشريعة على المستأمن أثرى على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً في منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين ، أى من نسيهم اليوم بالأجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين ؛ لتشجيع الأجانب على دخول دار الإسلام ، وتوهمهم على أنفسهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سبباً لاستغلال المسلمين ، وتضييع حقوقهم ، واستعلاء الأجانب عليهم .

٢١٥ - النظرية الثانية : وهي نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفي ،

ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذي ، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن ، ووجهه في ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام ، وأن الذي ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام ، وبقبوله دخول دار الإسلام ؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم الذي ، ولا فرق بينهما إلا أن الذي أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام ، سواء تعلق هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد^(١).

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة ينحصر في تطبيق الشريعة على المستأمن ، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال ، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن إلا في الجرائم التي تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم .

ويتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسرى على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الإسلام ، ولكنه يخالف أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبي حنيفة ، الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذي لا يجوز لأحدهما في دار الحرب أن يتعاقد برأى مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب ؛ لأنه محرم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وسو ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأى أبي حنيفة ورأى أبي يوسف في هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرماً بينما يحرمه أبو يوسف ، والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذى ، فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصاً ولا دية ؛ لأنه فقد بالأسر عصمته ، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية ؛ لأن الأسر لا يفقده عصمته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ، لأن للحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب ، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام ؛ لأن ولاية الحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة .

٢١٦ - النظرية الثالثة : وعى نظرية مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣)

وم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أى مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذي ملزم بأحكام الشريعة بمقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً في مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، لحكمه حكم الذمى ، ولا يختلف المستأمن عن الذمى إلا في أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة ، والذي إقامته مؤبدة . وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام ، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبتها مسلم أو ذمى في دار الحرب ، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها في دار الإسلام ؛ لأنه لم يلتزم بأحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذي فيستوى في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الإسلام أو في دار الحرب مادام الإسلام يحرمه ، وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل فإنه لا يؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذي على الجرائم التى يرتكبها أحدهما في دار الحرب ،

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٥ ، ١٦٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨ .

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ .

ولو كان الفعل مباحاً في دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما إذا كان الفعل محرماً في دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب .

وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ؛ لأنه يصبح حربياً بتركه دار الإسلام ، وتزول صفته كذمي ، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود باعتباره حربياً مستأنفاً ذمياً .

وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام ، وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد مسلماً ؛ لأنه أصبح برده وترك دار الإسلام حربياً ، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام .

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامي أرضاً إسلامية ولو كان في دار الحرب ، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم في المعسكر أو في خارجه ؛ لأن الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعي أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استحضت إلا إذا لم يكن لأمر الجيش حق توقيع العقوبة ، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجاني ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعي خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام ، وأحتى يعود الجاني وحده ، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة وقد سبق أن بسطناه وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي

يرتكبونها في دار الحرب ، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، لجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها ، أما جرائم التعازير التي ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر ، ويجوز أن لا يعاقب عليها ، لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجباً في كل الجرائم .

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة ، أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف فمقتضاها أن لا عقاب على أية جريمة ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها ، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها ، والولاية منعدمة في كل الأحوال .

٢١٧ - بين الشريعة والقانون : - هذه هي النظريات الإسلامية الثلاث

وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم ، فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى ، وهي تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون في إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب ، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج الأمر الذى لا يراه أبو حنيفة ، والثانية تقضى بتطبيق القانون

على جميع المقيمين في أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم ، أما ما يقع منهم في الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهي نفس نظرية أبي يوسف .
والثالثة — تقتضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين .
وأجانب إذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كما تقتضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التى ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هى السائدة اليوم فى القوانين الوضعية ، وهى النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين تجعل العقاب واجبا فى بعض الجرائم التى تقع فى الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه ، وتترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة فى ذلك أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة فى العقاب عليه من الجرائم التى تقع فى الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لأن الجرائم التى يجب فيها العقاب طبقاً للنظرية الإسلامية هى من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها .

٢١٨- كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام؟

يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار إسلام ، ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة ، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة ، وهو ظن لا أساس له من الواقع ، فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة ، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون فى كل بقاع الأرض بد واحدة ، يتجهون اتجاهها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة ، وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة ، ولكن ليست هذه هى الصورة

الوحيدة التي تحقق أهداف الإسلام ، لأن هذه الأهداف يمكن أن تتحقق مع قيام دولة متعددة في دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهاً واحداً ، وتسير على سياسة واحدة ، والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية ، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم في روسيا ، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الإنجليزي ، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن في البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التي تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات في الدول العربية المختلفة ، ولا يتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية ، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها ، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلي ، ولا يتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية ، وأن هذه الأهداف هي أن يكون المسلمون يداً واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاهمهم واحداً وسياستهم واحدة .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت في عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين في المشرق ، ودولة العلويين في المغرب ، ودولة الأمويين في الأندلس ، وقد خلت هذه النظريات تطبيق بعد أن أصبح في كل قطر إسلامي دولة إسلامية .

وتعتبر النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التي تحكمها ، فقد كان للمسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والأسبان والفرنسيين والرومان ، وكانوا يعتبرون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب .

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام للمسلمين ، والثاني : دار خوف وعداء للمسلمين ، وبيان الأحكام التي تسري على المقيمين في كل دار ، وقد اعتبرت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها داراً واحدة ، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فهي من هذه الوجهة

وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لأن الأحكام التي تسرى عليها طبقاً للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام .

وعلى هذا فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديماً ، فقد طبقها الأندلسيون في الأندلس ، والمغاربة في المغرب ، والعلويون في مصر ، والعباسيون في بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب ، وفي كل بلد إسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده .

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للإسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط ، فمثلاً إذا أردنا أن نطبق نظرية أبي حنيفة في مصر فإننا نعاقب أولاً كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلماً كان الجاني أو ذمياً ، مصرياً أو شامياً أو عراقياً أو فلسطينياً أو فارسياً وهكذا ، لأن كل فرد من رعايا أية دولة إسلامية لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لأية دولة إسلامية أخرى ، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانياً كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها في أى بلد إسلامي آخر ، سواء كانوا يقيمون في مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة ، بشرط أن لا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها ، أو في أى بلد إسلامي آخر ؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أى بلد إسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة في الشريعة ، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهي عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها .

وماسبق يصدق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر في جرائم التعازير حق العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك في جرائم الحدود ، ولا في جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التي يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قلناه ، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً في محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فإذا كان الفعل مباحاً في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أية دولة أخرى ، وإذا كان محرماً في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أى محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن إقامة العقوبات في جرائم الحدود واجبة على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولا يجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها الجنى عليه أو ولى دمه ، فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى ، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التي حرّمها أولو الأمر ، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لا يجوز إباحتها وإن جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلاً عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف ، فإننا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة في أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعاً ، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام ، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقاً للشريعة كل مسلم

أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً في حدود الدولة التي توقع العقوبة أو في حدود دولة إسلامية أخرى .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فإننا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة ، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة إسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، واسكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية ، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها ، فإذا تركتها حكومة وجبت على أى حكومة أخرى تستطيعها . أما إذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعازير مما حرمها الشارع ، فيعاقب عليها في كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها ، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها في أية دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها ، لأن عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يعتبر إباحة لها ، وإذا لجأ الجاني بعد ارتكابه الجريمة التي تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي لجأ إليها ، لأن الفعل مباح طبقاً لقوانينها ، وإنما يصح أن يسلم الجاني لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك .

وليس من الضروري للعقاب على الأفعال التي تقع في دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم في دار الحرب ، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التي يلتزم المسلم والذي بأحكامها أينما كان أحدهم فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحاً في دار الحرب أو محرماً .

٢١٩ - نتيجة تطبيق النظريات الواسعة : ويتبين مما سبق أن كل جريمة

يرتكبها رعايا الدول الإسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة المقررة لها في الشريعة الإسلامية ، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها إلى بلد

إسلامى آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه ، والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية ، واعتبار البلاد الإسلامية داراً واحدة على اختلاف أقطارها ، واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية ، وإنها لم تكن عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحداً فى كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى ، وبحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به بنفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى ، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام ، وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم ، ويكفى الشريعة فخراً أنها سبقت بمثلاً العليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها ، وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها

٢٢٠ - ما برغل فى دار الإسلام : يعتبر داراً للإسلام كل البلاد التى

فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية ، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل في دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر وما فوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر في حكم دار الإسلام كل مكان في دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى ، وتعتبر المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام .

والأصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكاً لأحد ؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى في عصرنا الحاضر ، وليس في الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطئ إلى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية ؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليمية تابعة لدار الحرب ، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد ، كما لو كانت فى وسط البحر ، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب ، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير ، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وبين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر . وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها ، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية ، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ - الشريعة والقانون : — والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً

عن الشريعة فى هذا كله ، فهى تعتبر الفضاء الذى يملأ أرض الدولة تابعاً لها ، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطئ . وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تتبعها ، أما السفن التجارية

فيطبق عليها قانون الدولة التي تتبعها طالما كانت في المياه التابعة لهذه الدولة أو في عرض البحر ، فإذا كانت في مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول في حكم هذه الحالة ، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لقانون الدولة التي تتبعها السفينة ، وهذا هو المتبع في إنجلترا وهو تطبيق لنظرية أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التي تتبعها ، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفي فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية في حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ - تسليم المجرمين وإيجارهم : - ذكرنا أن الدول الإسلامية تعتبر كل منها ممثلة للإسلام في تطبيق الشريعة الإسلامية ، فإذا جنى عراقى مثلاً جنائية في العراق أمكن محاكمته عنها في مصر ، لكن قد يحدث أن يحنى المسلم أو الذمى أو للمستأمن جنائية في بلد إسلامى ثم يهرب إلى بلد إسلامى آخر ، أو يهرب إلى دار الحرب ، فتطلبه الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة لمحاكمته ، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن ، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر .

٢٢٣ أولاً - تسليم المجرمين : - من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته في محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها في غير هذا المحل ، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام ، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به ، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة ، والإحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جريمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر ، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها ، والعقوبة التي تقاوم في غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لا تؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر .

وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لحاكمته وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين ؛ ولكل منهما وجهة ومحاسنه وعيوبه ، وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة - قد الإمكان ، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا رأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية ، والتسليم لدولة غير إسلامية .

٢٢٤ - التسليم لدولة إسلامية : - ليس فى الشريعة ما يمنع من أن تسليم أية دولة إسلامية لأية دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة فإن لها أن تمتنع عن تسليمه ، لأنه لا يجوز طبقا للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين ، فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقا لنصوص الشريعة . ولا عبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص ، الشريعة ، ولا قيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة ، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة . وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت

الدولة طالبة التسليم لا تطبق نصوص الشريعة ، أو الشريعة الإسلامية ، لا يكون إلا في الجرائم ذات العقوبات المقدرة التي هي من اختصاص القضاة المسلمين ، وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة ، وهي أن كل دولة إسلامية جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تعديلية ، فمنها أن تقيم حدوده ، وتنفذ أحكامه ، وفي حالة التسليم في غير دار إسلام غريبة عنه ، ولا يحاكم بشرعة أهلها ، ولا يعرضه الشريعة الإسلامية ، لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام ، عن التسليم لدولة إسلامية لا يكون الاستثناء إلا في حالة التسليم لدولة غير إسلامية ، والعدالة والزجر عن الإجرام .

100-100000-225

إسلامية أن تسلم رعاياه مسلمين أو غير مسلمين ، ولا يجوز أن تسلم رعاياه
أو تركبوها في تلك الدار ، ولا يجوز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها
إسلامية أخرى للدولة غير إسلامية ، لأن هؤلاء رعاياهم مسلمون ، ولا يجوز
ولا تجز الشريعة للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين إلى دولة
لدار الإسلام من دار الحرب ، ولو علمت أنه لو كان مسلم ، فإنه لا يجوز
هناك اتفاق سابق على التسليم ، فإن كان هناك اتفاق سابق على التسليم ،
إلا الباطل منها . ويعتبر الاتفاق على التسليم باطلاً إذا كان بين مسلمين ،
أريد به تسليم المسلمين للأعداء لدار الإسلام من دار الإسلام ، أو تسليم
شرط يقضى بتسليم الدماء والمال والأشخاص من دار الإسلام إلى دار الحرب
الإسلام قبل الاتفاق ، أو تسليم رعايا المسلمين إلى دار الحرب ، أو تسليم
غير إسلامية . وقد كان من عاين أهل دار الحرب ، أو من أهل دار الإسلام
يطلبونها في دار الحرب ، أو دولة تعالى : فماذا كان لأهل دار الحرب أن يسلموا
مهاجرات فمتحذرين من ذلك ، ثم قالوا : لا بأس ، فسلموا رعاياهم إلى دار الحرب ،

إلى الكفار ، لَأَهْنُ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِزُّونَ لَهُنَّ [المتحنة : ١٠] .

وقد اختلف في صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق ، فيرى أحد و بعض الفقهاء في مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به^(١) ويرى أبو حنيفة و بعض الفقهاء في مذهب مالك أن شرط التسليم باطل ، حيث لا يحيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأي حال^(٢) ، ويفرق الشافعية بين من له عشيرة تحميه ، في دار الحرب ، ومن ليس له عشيرة تحميه ، و يحيزون تسليم الأول دون الثاني ، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة^(٣) .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يعتبر بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الإسلامية التي دخل أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها ، وهذا في ذاته تطبيق للقاعدة الشريعة العامة التي لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً على هذه القاعدة العامة ، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تعتبر داراً للإسلام وتخضع لشريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية ، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامي في العالم كله .

ويجوز لأي دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التي يتبعها إذا طلبته التعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك ، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته ، لأن هذا يتناقى مع عقد الأمان الذي أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه ، إلا أن يكون هناك عهد بين الدولة الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعتبر الأمان قائماً على

(١) المغني ج ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٦ — روح المعاني للألوسي ج ٢٨ ص ٦٧ ، ٦٨ —

مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٧٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٧

أساس التقييد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .
 وقاعدة الشريعة التي تقضى بأن لا تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ
 بها أكثر الدول اليوم ، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها
 دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية
 فقط . فالمبدأ ان المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدأ الشريعة الإسلامية بالذات ،
 ولكن الشريعة تطبق كلا منهما في حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد
 المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها في
 الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجاني أجنبياً . وهذا تطبيق لمبادئ
 الشريعة ، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجاني ، وإذا
 عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٢٦ - تسليم الرقيق : - وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء
 المماربين ، وهو مبدأ قررته الدول في القرن الماضي بعد إبطال الرق ، ولكن هذا
 المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، ونستطيع أن
 نقول : إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش
 إلى معسكر المسلمين في هذا اليوم ، فأرسلوا في طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله
 عليه وسلم : إنهم ما خرجوا رغبة في دينك ، وإنما خرجوا هروباً من الرق ، فقال
 ناس من المسلمين : صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله ، وقال :
 « هم عتقاء الله » .

والقاعدة في الشريعة أن الرقيق إذا أسلم ولجأ إلى دار الإسلام ، أو معسكر
 المسلمين أو أسلم وبقي في دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها فهو حر في كل هذه
 الأحوال ، ولا يجوز رده ^(١) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٧٩ - المفتي ج ١٠

ص ٥٢٣ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

التي لا تفي بدمه في حالة واحدة ، وهي إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر
 إلى دار الإسلام ، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد ، لأن العبيد
 الذين يملكون في دار الحرب في أمان على أنفسهم ومالههم بالعهد القائم بينهم وبين
 دار الإسلام ، ويرد أحمد على هذا الرأي بأن الأمان أعطى لهم على ما في قدرة
 دار الإسلام وما هو في قبضة المسلمين ، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب
 لا في قبضة المسلمين^(١) .

والجرائم المحرمين السياسيين والعسكريين : — وتتفق الدول أيضاً
 على منع الجرائم المحرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية ، وليس في
 الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات ؛ لأنها لا تختلف مع
 فرائض الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق .

والجرائم المحرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار
 الإسلام : — عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء إطلاقاً ، وأنها لا تجيز
 تسليم الرجال ما لم يكن هناك اتفاق سابق ، وأن تسليم الرجال حتى في حالة
 الحرب لا يباح عليه ، فهل يمكن مع هذا أن نقاب المسلم الذي لجأ إلى دار الحرب
 إلى دار الإسلام على جريمته التي ارتكبها في دار الحرب؟ وللدرد على هذا السؤال
 يجب أن نذكر بين فرضين ، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام ،
 وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام ، فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب
 عليها لأن الأصل القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ما قبله ، وأساس هذه القاعدة
 قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال : ٢٨]
 وقد ثبتت القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو
 مثلوا بهم ، مثل كعب بن أبي الذي آذى الرسول والمسلمين بهجائه ، ومثل وحشى
 قاتل حمزة بن عبد المطلب ، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله

(١) التلخيص ج ٢ ص ٢٧٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨ — المغني ج ١٠ ص ٥٢٣ .

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام ، فإذا طبقنا نظرية أبى حنيفة وأبى يوسف فلا عقاب ، لأن الجرائم وقعت فى أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها ، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب ، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال ، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، وإن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب^(١).

٢٢٩ — ثانيا — إبعاد المجرمين : — يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب : —

إبعاد المسلمين والزميين : — رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تعتبر وحدة واحدة ، وتسمى دار الإسلام . ويترب على اعتبارها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام ، لأن نفي المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة ، ويؤدى به إلى الهلكة ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين ، ولأن نفي الذمى عن دار الاسلام مناقض لعقد الذمة .

ويترب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الاسلام ، أنه لا يجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمي من غير رعاياها ، ولو كان قد دخل أرضها ليقم بها إقامة مؤقتة .

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أى بلد إسلامي ، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمي من أى بلد إسلامي دخله ، لأن المسلم أو الذمي لا يعتبر بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام ، ولا عن دوله ، فكل بلد في دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ؛ لأنها تمثل الاسلام ، ومن يعتنقه من المسلمين ، ومن يلتزم أحكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين .

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول في أرض دولة إسلامية أخرى ، أو إبعادهم عنها ، فهل يجوز إذادعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الإسلامية إذادعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها ، ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله في الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة ، بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعي الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التي تحكمها ، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، وبشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمي عن أرضها ، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد . ويجوز أن يكون الإبعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامي آخر ، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادة .

ولكننى مع هذا أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول إسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يسد الحاجة ويدفع كل ضرورة ، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتكتفى فى دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها ، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس هذه الوسائل فى دفع الغريب والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعلى كل دولة إسلامية إذن أن لاتبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى ، وأن لاتمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها ، وهذا الذى نقول هو رأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى ، أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ما ذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة ، وإثارة النزعات الوطنية والجنسية ، وهذا ما يحارب به الإسلام ولا يرضاه .

٢٣٠ - إبعاد المحربيين : - ليس للحريين أن يدخلوا دار الاسلام إلا بإذن

خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الاسلام أن يقيموا فيها . إقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة

(١٠ - التشريع الجنائى الإسلامى)

في رأى أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة^(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة^(٢). والأصل عند الشافعى أن مدة الإقامة لا تزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الامام وكان في ذلك مصلحة^(٣).

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولولم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن ، أو خشى منه الاخلال بالأمن ، تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذوا إليهم على سواء ﴾ [الأنفال : ٥٨] وقوله تعالى : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربى إلى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد إلى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾ [التوبة : ٦] .

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيائته ، أو أتى ما يدل على خيائته ، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة ، ويقم في دار الاسلام إقامة دائمة ، فهو كالمسلم في قبضة الامام ، وخيائته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم ، أما المستأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيائته^(٤) ،

٢٣١ - السرية والقوانين : تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن ، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٦ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ - المهذب ج ٢

ص ٢٩٤ - المغنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها .

على أن يقيموا إقامة مؤقتة ، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة ما لم تجدد مدة الإقامة ، وهذه المبادئ التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هي نفس المبادئ التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضاً في عدم جواز إبعاد رعايا الدولة ، أو منعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة في أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويكفي في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك ، وتفوق الشريعة في هذه المسألة لا يحتاج إيضاحاً .

٢٣٢ - الجنسية في الشريعة : - تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار ، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسلته ، والتزام أحكامه أو الكفر به ، فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو إقليمي لا يبنى عليه حكم شرعي ولا يؤدي إلى تمييز في الخارج .

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ، ومهما تميز الانجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى فذلك تمييز داخلي فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتمعين . ، على أن الشريعة لا تمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بحسب ظروفها ، فيجوز مثلاً أن يكون بين المسلمين وبين الانجليز حرب ، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية في دار الإسلام اعتناق الإسلام ، أو التزام أحكامه ، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمى ، وأساس الجنسية في دار الحرب هي إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية في الشريعة بتغيير الأساس الذي تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربي باعتناق الإسلام ، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام . ويشترط للدخول في الذمة الهجرة إلى دار الإسلام ، فلا يعتبر المحارب ذمياً وهو في بلده إلا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشتط حينئذ الهجرة ؛ لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام . وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام ، وإن كان أبو حنيفة يشترط لاعتباره معصوماً أن يهاجر إلى دار الإسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمي بتغيير الأساس الذي تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحكام الإسلام ، وبالإقامة الدائمة في دار الحرب .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمي إذا تزوج في دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة في جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام ، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية ، وإذا تزوج المستأمن في دار الإسلام من ذمية فلا يصير ذمياً بزواجها ، ولا تصير هي بزواجه حربية إلا إذا رضى هو أن يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذمياً ، وإلا إذا هاجرت هي مع زوجها إلى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة ؛ لأن الجنسية تتغير أصلاً بالإسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة ، فالذمي إذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حريباً ، وبقيت هي ذمية ، والمسلم إذا ارتد صار حريباً ، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله . ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالجنون أبويهم في الجنسية ، فإذا أسلم الزوجان أو دخلا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين ، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل

في الذمة تبعه الأولاد غير المميزين ، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الأولاد غير المميزين في رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، وتبعوا الأب في رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم في الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغير من جنسية أذى إلى جنسية أعلى ، والجنسية الإسلامية هى العليا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الإسلام يعلو ولا يعلى » فإذا كان التغير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين ، بل يبقون على جنسيتهم الأولى ، فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقى أولادها غير المميزين مسلمين ، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط^(١).

هذه هى القواعد العامة التى تقوم عليها الجنسية فى الشريعة الإسلامية ، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التى جاءت بها الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم فى القوانين على أساس الإقليم ، فكل من يقيم إقامة دائمة فى أرض الدولة فله جنسيتها . وهذا يقابل الإقامة الدائمة فى دار الإسلام وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام فى أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول فى جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة .

(١) المتن ج ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦ - مجلة القانون والاقتصاد ص ١ ع ١ ص ١١ - ١٤

شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ .

الفصل الرابع

في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٣٣ - **مهرج تاريخي** : كان القانون الوضعي حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد ولا يعترف بالمساواة بين المحكومين ، وكان يميز بينهم في المحاكمة وفي توقيع العقوبة ، وفي تنفيذ العقوبة ، وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتعدد طوائف الأمة ، فللاشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجاني اعتبارها في القانون ، فالعمل الذي يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأثفه العقوبات ، يعاقب عليه الشخص العادي إذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع وضعه وحظته ؛ فإذا حكم بالإعدام مثلاً على شريف ووضع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضع في حبل كما تشنق الكلاب ، وكانت بعض الأفعال تعتبر جرائم إذا أتتها العامة يحاسبون عليها أشد الحسب ، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين في كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائي الوضعي حتى أواخر القرن الثامن عشر ، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية ، فجعلت المساواة أساساً من الأسس الأولية في القانون ، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع ، ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقاً دقيقاً حتى الآن ، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضي كله ، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية ، بينما راح

البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها ، وكانت الغلبة للفريق الأخير ، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت في آخر القرن التاسع عشر وفي القرن الحالى ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضى على بعضها وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة ، ويمملون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق ، ولكننا الأمل الذى تحتاج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية .

٢٣٤ - أضد على عدم المساواة فى القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية ما يأتى :

١ - تمييز رئيس الدولة — : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكاً كان أو رئيس جمهورية وبين باقى الأفراد ، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه السلطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها .

وتعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كالدستور الدانمركى والدستور الأسبانى قبل الجمهورية ، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لاتمس ، ويفترض أن الملك لا يخطئ ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لاتمس ، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى .

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر ، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة ، فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولاً جنائياً فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى ، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى ، والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولاً جنائياً فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور

كما جعله مسئولاً إذا ارتكب جريمة عادية ، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولاً عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسئولاً عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسئولاً عن كل الجرائم التي يرتكبها .

ولاشك أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطوراً عظيماً ، فبعد أن كانت القاعدة العامة — حتى القرن الثامن عشر — إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاماً ، أهملت تلك القاعدة ، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة .

ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعنى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكاً كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم في أى بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين ، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية ، وحجة شراح القوانين في هذا الإعفاء أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهى حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولايستحق شيئاً من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال في أفراد الحاشية والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولاً به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة ، وظل معمولاً به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءاً من القانون الدولى ، والمعروف أن القانون الدولى لا يتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة .

ح — تمييز رجال السلك السياسى: تنفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها ، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم ، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها ، وليس لدولة على أخرى حق العقاب ، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم ، وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة . ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية ، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها ، ولا يمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل ما دام يحترم القانون ويطيعه ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته .

د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتنفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم ، وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه ، فمنع من مؤاخذه أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين^(١) ، أى أنه أعفاهم من المسؤولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دار المجلسين ، والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء ، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة ؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان ؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان ، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان .

ه — تمييز الأغنياء : وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى .

من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس فى كثير من الجرائم ، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل فى الاستئناف وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف ^(١) . وفى هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، إذ يستطيع الفنى دائماً أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها فى أغلب الأحوال ، فينفذ عليه الحكم فى الحال .

ويميز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى ^(٢) . وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الفنى يستطيع دائماً أن يدفع الضمان المالى فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو فى أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه ، وقد تقص المحكمة ببراءته مما نسب إليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أكرم ، بل لأنه عاجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر ؛ لأنه فقير .

و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فى جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن إذا كان المتهم موظفاً أو محامياً أو طبيباً أو عضواً فى البرلمان أو شخصية ظاهرة فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة ، ويحوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى بوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى ، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى .

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات .

ويجيز القانون المصري لمن وقع عليه ضرر من جرعة أن يمارس التعويض ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى ما أصابه من ماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فلو أن مدير شركة تأمين في مصر الشركة أصيبا في حادث واحد بإصابات متماثلة فطالب بالتعويض ، لم يكتف به الذي يحكم به لمدير الشركة ضخماً كبيراً ، ولكن التعويض الذي يحكم به للعامل تافهاً ضئيلاً .

وقد جرى الشارح المصري على هذه الطريقة فيما حدده من التعويض عن إصابات العمال أثناء عملهم بإصابات تؤدي إلى تعطيلهم أو عجزهم أو إفسادهم ، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس منسوب التعويض ، مدة معينة ولمدة معينة . فإن كان مرتبه صغيراً كان تعويضه أقل ، وإن كان مرتبه كبيراً أكبر التعويض ^(١) . ويترتب على ذلك أنه لو أصاب في حادث واحد مصنع واحد ، وفي حادث واحد ، وتحت ظروف واحدة ، ففقد في نفس الحادث الأيمن ، أو يده اليمنى ، أو إبهامه الأيمن مثلاً ، فإن صاحب المصنع لا يتقبل أن يكون تعويضه أقل من التعويض الذي يصرف لغيره .

٢٣٥ - بين القانون والتريعة : — عهدت الدولة المصرية

بها القوانين الوضعية الحديثة لا تزال مهيضة الجوارح ، ولا تزال تعيد إلى بين الرؤساء والمرعوسين ، والمحاكين والمحكومين ، ولا تزال تعيد إلى بين الجماعة والجماعة ، ولا بين العبيد والقص

ونما يدهي بعض الذين لا يعلمون أن مصر دولة ذات سيادة ، ولا تزال تعيد إلى تعيد تعيد فيها في القانون الوضعي الحديث ، قدس في تعيد تعيد تعيد تمام التكوين ، ووصلت إلى أقصى مداها في الشرعولة والاستبداد والظلم والظلم

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من في ١٩٣٦/٦٤ المادة بإصابات العمال والجماعة والظلم

الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عايتها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في آخر القرن الثامن عشر .

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية ، فإن المساواة التامة التي يبحثون عنها قائمة في الشريعة ، يحوطها من جمال التكوين ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهز أبصارهم ويحير ألبابهم ، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم .

٢٣٦ - **نظرية المساواة في الشريعة** : — جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة ، فقررت المساواة على إطلاقها ، فلا قيود ولا استثناءات ، وإنما مساواة تامة بين الأفراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الأجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين ، لا فضل لرجل على رجل ، ولا لأبيض على أسود ، ولا لعربي على أعجمي . وذلك قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى . وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ، إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ [الحجرات: ١٣] وذلك ما أكدته رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله : « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى » وفي قوله : « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بأبائهم ، لأن الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

فالناس جميعاً في الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، متساوون في الحقوق ، متساوون في الواجبات ، متساوون في المسؤوليات ، وهم في ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة في حقوقهم ، وواجباتهم ومسئولياتهم ، لا فضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ،

ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الأبيض على الأمريكي الأسود، ولا فضل لعربي على عجمي، أى لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس.

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل فى حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم، وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق، فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل مبنى على لامادى وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولا بين الملوك والسوقة، ولا بين ممثلى الدول السياسيين والرعاية العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده، ولا بين الأغنياء والفقراء، ولا بين الظاهرين والخاملين، وسنين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين.

٢٢٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : - تسوى الشريعة بين

رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم، ولا يمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد.

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبي ورئيس دولة لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازاً، وكان يقول دائماً: ﴿إنما أنا بشر يوحى إلى﴾، ﴿وهل كنت إلا بشرا رسولا﴾. وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى تأكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم: «هون عليك. فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد» وتقاضاه غريم له ديناً فأغظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: «مه يا عمر، كنت أحوج إلى.

فكان أحوج إلى أن تأمره بالصبر^(١) . وخرج أثناء مرضه
 إلى المسجد فجلس على المنبر ، ثم قال : «أيها الناس
 إن الله عز وجل قد بعث إليكم محمداً صلى الله عليه وآله
 فليستقد منه ، ومن كنت شتمت له عرضاً
 فليستقد منه ، ومن أخذت له مالا فهذا مالي فليأخذ منه ، ولا يخش
 من قبلي فإنها ليست من شأني ، ألا وإن أحبكم إلى من أخذ مني حقاً
 فليأخذ مني ، وأو حلتني فليقت ربى وأنا طيب النفس » . ثم نزل فصلى الظهر ، ثم
 رجع إلى المنبر فعاد لمقالاته الأولى^(٢)

وبعد خلعاء الرسول من بعده ففسجوا على منواله ، واهتدوا بهديه ، فهذا
 أبو بكر رضي الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة ، فتكون أول كلمة
 فيها تأكيداً لمعنى المساواة ، ونقياً لمعنى الامتياز . قال : أيها الناس ، قد وليت
 عليكم ، إن أحسنت فأعينوني ، وإن أسأت فقوموني . ثم يعلن
 في آخر خطبه أن من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله . فيقول : أطيعوني
 ما أصمت الله ورسوله ، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم^(٣) .

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر تمسكاً بهذه المعاني ، حتى
 أنه يرى قتل الخليفة الظالم . خطب يوماً فقال : لوددت أني وإياكم في سفينة في
 بحر لا شاطئ بنا شرقاً وغرباً ، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم ، فإن
 سخطتموه فليس لهم أن يقتلوه . فقال طائفة : وما عليك لو قلت وإن تعوج
 فترجلوه ، فقال : لا ، القتل أنكل لمن بعده^(٤) .

وأعطى أبو بكر القود من نفسه ، وأقاد للرعية من الولاية . وفعل عمر بن

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩ .

(٢) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٥٤ .

(٣) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٦٠ .

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٣٠ .

الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة^(١) .
ولما قيل له في ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من نفسه وأبا بكر يعطى القود من نفسه ، وأنا أعطى القود من نفسى^(٢) .

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلاً فقال له الرجل : إنما كنت أحد رجلين : رجل جهل فعمل ، أو أخطأ ففعل عنه . فقال له عمر : صدقت ، دونك فامثل أى اقتص^(٣) .

وأخذ عمر الولاية بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الولى للظلم ، وأعلن على رؤوس الأشهاد مبدأه هذا في موسم الحج ، حيث طلب من ولاية الأمصار أن يوافوه في الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وحطب الناس قال : أيها الناس ، إنى ما أرسل إليكم عملاً ليضر بوا أباشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنة نبيكم ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : ياأمير المؤمنين ، أرايتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه ؟ فقال : أى والذى نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه ، وكيف لأقصنه منه ! وقد رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه^(٤)

وقد جرى العمل في الشريعة على محاسبة الخلفاء والملوك والولاية أمام القضاء العادى ، وبالطريق العادى ، فهذا هو على بن أبى طالب في خلافته ، يفقد درعاه ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها ، فيرفع أمره إلى القاضى ، فيحكم لصالح اليهودى ضد على . وهذا هو المغيرة والى الكوفة يتهم بالزنا . فيحاكم على الجريمة

(١) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣ - ١١٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٤ .

(٣) الحراج لأبى يوسف ص ٦٥ .

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب الحراج لأبى يوسف ص ٦٦

المنسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اخنصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكتم قاضى بغداد ، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلقه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : ياأمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفسة أخرى ، وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى بحت «هو التحكيم» ، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب ، فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بينى وبينك رجلا ، فقال الرجل : إني أراضى بشريح العراق ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً ، وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضياً

وقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطاً لا تتوفر فى كل شخص ، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم فى شيء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام ، ولهم فى سرىان نصوص الشريعة عليه نظريتان : -

النظرية الأولى : وهى نظرية أبى حنيفة ، ويرى أن كل شيء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤاخذ به إلا العصاص والمال ، فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن إقامته بطريق الحزى والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد

عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق المباد كالتقصاص وضمان التلغات ؛ لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى المنفعة فالمسلمون منعتهم فيقدر بهم على الاستيفاء ، فكان الوجوب مفيدا^(١) .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذي ليس فوقه إمام ؛ لا لأنه معنى من العقاب ، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد ، وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم ، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب في هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التي يرتكبها الإمام ، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للخرى والنكال بإقامة الحد على نفسه ، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا .

فالفعل المحرم في رأى أبي حنيفة يظل محرما ويعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب . ويترب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل ؛ لأنه قتل شخصا مباح الدم^(٢) ، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فإن قتل الزانى المحصن يعتبر واجبا لا بد منه إزالة للمسكر ، وتنفيذاً لحدود الله ، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدي واجبا عليه ، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلا .

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجرح ، فيرى أبو حنيفة أن

(١) شرح فتح القدير ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٠ - الزيلعي ج ٣ ص ١٨٧ .

(٢) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ .

الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها ؛ لأن حق استيفائها ليس له أصلاً ، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم ، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد ، ولمنع الحيف والإضرار بالغير . فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع ، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء وبالجماعة ، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم^(١) .

وإذا ولى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم فى كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مستحقاً لله أو حقاً للأفراد^(٢) . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

ويؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة ، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام ، وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقم أحكام الشريعة ، ويرعى صالح الجماعة ، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة ، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها ، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنيابة عنها فى هذه الحالة . الثانية : وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الإمام مسئولاً عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) فاس المرجع السابق .

أو بحق الفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الإمام ، معاقب عليها ممن ارتكبها ولو كان الإمام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده ، وإنما له ولنوابه ، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بمقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة^(١) .

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم ، بل بحثوا فيما إذا كان ينزل بارتكابه الجرائم ، فرأى البعض أن الإمام ينزل بارتكابه المحظورات ، وإقدامه على المنكرات ، تحكما للشهوة واحتياذاً للهوى ؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ، ويمنع من استدامتها^(٢) .

٢٣٨ - رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية^(٣) ، وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء وجودهم في دار الإسلام ، فإذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة ، فإن هذا الرأي لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئاً ؛ لأن أساس هذا الرأي أن

(١) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٢ - المهذب ج ٣ ص ١٨٩ - الأم ج ٦ ص ٣٦ - فقه القرآن والسنة ص ٩٧ .
(٢) الأحكام السلطانية لماوردي ص ١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ .

(٣) المقصود من الدول الأجنبية الدول المحاربة التي تقوم في دار الحرب ، أما الدول الإسلامية فلا تعتبر إحداها أجنبية بالنسبة للآخرى ، ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التي ارتكبوها في دولة إسلامية أخرى ، بل لأنه يمكن عقابهم في هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التي ارتكبوها في أي مكان من دار الإسلام ، وعلى الجرائم التي ارتكبوها في دار الحرب على التفصيل الذي بينا في الفقرة ٢١٨ .

الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه ، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد ، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا ، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام^(١) .

٢٣٩ - رجال السلك السياسي :- تسرى الشريعة على رجال السلك

السياسي فيما يرتكبون من جرائم في دار الإسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ، وليس في قواعد الشريعة ما يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن ، وهي تقضى بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة .

ويلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية فهو لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أي مسلم يقيم في دار الإسلام .

وليس في أخذ رجال السلك السياسي بجرائمهم ما يعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم ،

(١) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها .

وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية، ولا يصلح لأداء وظيفته، ولأنه لا يحى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات، وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ما هو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام، فنع محاکمة الممثل السياسى لا يمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الأحوال.

٢٤٠ أعضاء الهيئة التشريعية: - لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء

البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة.

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلاً من التفكير يودى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقاً عظيماً، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهة الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء، والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو كاذباً. وإذا كان هذا المبدأ يحى البراءة من أسنة الكاذبين الملققين، فإنه يحى أيضاً اللوثين والمجرمين والفاسقين من أسنة الصادقين.

وبهذا المبدأ الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة، وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب

إلى نهاية طوره ؛ لأنه لا يخشى رقبيا ولا حسيبا من الجماهير ، ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانوني أن يسمى الأسماء بمسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لا يستطيع أن يقول لمن زنى يازانى ، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفتري يا كاذب ، فإن قالها باء بالعقوبة ، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على مانسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن المنكر ، وأن يخطوا من قدر المسمى ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان . وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هى :-

١ — حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة ، فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المذوف^(١) . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لإشعار الموظف والنائب والمسكف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد ، فيدعوا ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

٢ — حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعو عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤخذون على ما يبدونه من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلفاً لما قال .

٤ — حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم ، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

ويلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هى مستثنيات المبدأ في مصر ، وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة ، وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها

يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .
والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد
قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة ؛ لأن الأفراد هم الذين يكوّنون الجماعة ، وإذا
صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون .
ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع
الأدبى فى نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث
الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ،
فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى ينخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب
والافتراء ، وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على
من يقول الحق ، ولا مؤاخذه على من يسمى الأشياء بمسمياتها ، والموصوفات
بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب
على من يقول للشارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول
للكاذب إنك كاذب إذا لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال
الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة ، وينسب إليهم عيوبهم
مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم
الخاصة ما دام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم
ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى
حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والكذب
ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا

في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة .
 وكل إنسان في وقت الانتخاب وفي غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن
 يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسي هذا مسيء ، مادام يستطيع أن يثبت إساءة
 المسيء ، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلاً
 من عضوية الهيئات على الإطلاق ، له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ، مادام
 يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء . فليس في الشريعة كافي القانون ما يدعو إلى تحليل
 الصدق في وقت الانتخابات ، وتحريمه في غير ذلك من الأوقات ؛ لأن الشريعة توجب
 الصدق على الدوام ، ولا تحرمه في أي ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .
 وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً
 لأعضاء البرلمان والمتقاضين ؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ،
 والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم ، فلا تجمع
 في حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى ،
 فإذا أحل لهم الكذب وأمّنوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ،
 وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال ؟
 ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين
 خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية في الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم
 الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة ، ويرمى إلى إصلاح
 الجماعة وتقويمها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الأفراد على الأخلاق
 الحسنة ، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ في قوته
 وصلاحيته ، وبين مبدأ القانون في ضعفه وتهافته .

٢٤١ - الأغنياء والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء فهم
 لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لا تسمح أن يستفيد الغني من غناه أو أن

يضارَّ الفقير بفقره ، ولهذا لاتعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس لا لشيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق فى حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوساً لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل ، ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصاً يكفله ؛ لأن الحبس للدين لا يكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فوراً قدره من المال . أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحكمة فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير ، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم ، ويترب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية ؛ لأن الكفالة لا تقبل فى العقوبة . ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط^(١) وليس عقوبة ، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبساً احتياطياً يستطيع أن يجد له كفيلاً ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضماناً مالياً . وسواء اعتبرنا الحبس تعزيراً أو احتياطاً فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد .

٢٤٢- الظاهرورد فى الجماعة : - لاتميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالخاكم كالخكوم ، والشريف كالوضيع ، والقوى كالضعيف ، والناهب كالخامل . وقد عاتب الله رسوله عتاباً شديداً ؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبي مجتمعاً فى هذا

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٧ ، ١٨ - المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ١٠٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

الوقت بصناديد قريش وسرايتها يكلمهم في شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه ، وظهرت هذه الكراهية في وجهه ، وأعرض عنه وهو يطعم في استمالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله: ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى أَنْ جَاءَهُ الْأَعْمَى ، وما يدريك لعله يزكى ، أو يذكر فتنتغه الذكري ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى ﴾ [عبس : ١ - ١٠] .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد ، من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشرف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، وأعظموا ذلك وكنوا فيها الرسول فقام خطيباً فقال : ما إكثاركم على في حد من حدود الله ، وقع على أمة من إماء الله ؟ والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها^(١) .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ، ورفع يده قائلا : «ليس لابن بيضاء على ابن السوداء سلطان إلا بالحق» ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس ، فوضع خده على التراب ، وقال للعبد : طأ عليه حتى ترضى وكلنا يذكر قصة جيلة بن الأيهم ، فقد داس أعرابي على إزاره وهما يطوفان بالكعبة ، فطمه جيلة ، فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جيلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابي ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

(١) كتاب الخراج لأبى يوسف ص . ٥٠ .

وكان عمر بن الخطاب حريصاً على التسوية بين الأشراف والعامة ، وله في ذلك وقائع مشهورة^(١) .

والقاعدة في الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذي وقع عليه ، فإذا قتل شريف ووضع فديتهما واحدة ، وإذا أصيب عامل في شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو أصبهما عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٢٤٣ - المسلمون والزميرون : - وتسوى الشريعة بين المسلمين والزميين في تطبيق نصوص الشريعة في كل ما كانوا فيه متساوين ، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه ؛ لأن المساواة في هذه الحالة تؤدي إلى ظلم الزميين ، ولا يختلف الزميرون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة ، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه ، والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدل خالص فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والزميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الزميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضاً عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للزميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدنبون ، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضى بترك الزميين وما يدنبون ، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ [البقرة: ٢٥٦] . والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والزميين هي الجرائم القائمة على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

أساس ديني محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذي يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذي يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعالهم في معتقدهم غير محرمة ، وفي هذا ظلم بين ، فكان من العدل الذي أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها ، أما الذمي فلا يعتبر شربه الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس ديني إذا كان إتيانها محرما في عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة . أو إذا كان إتيان الفعل مفسدا للأخلاق العامة ، أو ماسا بشعور الآخرين ، فمثلا شرب الخمر ليس محرما في عقيدة الذميين ولكن السكر محرما عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه . والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى في عدم الصوم معصية ، وفي التظاهر بالإفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته ؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم ؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل مالا يعتقد ولا إكراه في الدين . أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمي معا ؛ لأن الذمي وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك في استطاعته ، ولا يمس أى مساس بعقيدته ، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فإذا ما تظاهر الذمي بالإفطار عوقب على تظاهره

بالإفطار ، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر ؛ لأن الصوم ليس واجبا عليه .

٢٤٤ - مبرزة للشرعية : و يترتب على التفرقة في تطبيق نصوص الشريعة

بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم في الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين في دار الإسلام ، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن أن يقع إلا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانونا واحدا لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة ، وتوفير حرية الاعتقاد ، والحفاظة على النظام ، وأساس النظام في الشريعة هو الإسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق ؛ لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويمكنني فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية ، أو يمس الأمن ، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق ، وشيوع الفوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت في الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والانقلابات ، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذي سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين في هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجرّدوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء إلى هذه النتائج الحزنة ، ولو أنهم أخذوا بطريقة

الشريعة الإسلامية لضمانوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ* ، ولتمنوا من وقوع هذه المساوى* .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس ديني يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده ، لا مذاهب المحكومين جميعاً وعقائدهم ، بحيث كان المخالفون في العقيدة يحملون حملاً بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته ، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحنة والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد ، وإراقة الدماء وتعدد المذاهب ، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءاً كما رأينا ، ولا أظن أن هناك علاجاً موفقاً كالعلاج الذى ارتأته الشريعة ، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

ويجب أن لا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاهها يخالف الإسلام ، وأن الدين الإسلامى يعتبر النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد . وبكل ما يوجبه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ؛ لأن الأخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حق الفهم ، فحاربوا مانعى الزكاة بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين ؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسألة فى هذا الوقت العصيب الذى انتقضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الإسلامى ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته ، فلا بد أن تحرم كل ما يمس وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها ، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه ، وتجهلت مقوماته . فالديموقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، والنازية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، والشيوعية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه ، أو تجهلت بعض مقوماته ؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الأنظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذى قامت عليه ؛ لأن ما نفعه الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار ، وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء ؛ لأنه يرجع إلى تباين النظم واختلاف طبائعها ، ومادامت اتجاهات النظم مختلفة ، وطبائعها مختلفة ، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم ، والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية ، فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدعوة للديموقراطية والشيوعية ، والديموقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما ، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديموقراطية ، واسكنها جنة فى البلاد الشيوعية ، باختلاف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته ؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بعمومه وخصوصه

وإنما يقاس بما يؤدي إليه من إسماع الجماعة ، ورقبها وتفوقها ، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها .

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة في الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، وهي أن الشريعة نصت على أفعال معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم ، وهي الحدود والقصاص ، وجعلت له حق العفو عن الجريمة أو العقوبة في بعضها الآخر ، وهي جرائم التعازير ، كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التي تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها ، وأهم هذه الأفعال هي الأفعال التي تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة ، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمة وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ، وحق ولى الأمر في التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام ، أى : النظام الإسلامى . وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لا خيار في العقاب عليها ، لأن الجريمة إن كانت حدا فلا محيص من العقاب عليها ، وإن كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى ، ولا شك أن العفو في كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام . كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه ، فسلطان ولى الأمر في التحريم وعدم التحريم والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى ، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأية مصلحة أخرى . والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره ، وما كان مقررراً لمصلحة نظام ما ، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام ، ولا يصح أن يتهاون في شأنه القائمون - لى أمر هذا النظام ، ولا ضير في أن (٢٢ - التشريع الجنائى الإسلامى)

تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية ، فإن الاختلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثنى هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الإسلامى على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشيوعيين عن تحييد الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة ، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم ، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على الحامين أو الأطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة ، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة ، وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره ، ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

٢٤٥ - هل تعرف الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :-

القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها ، وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بينها فيما سبق فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة ، أى عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا

تنقص ، وليس للقاضي أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات في جرائم القصاص مقدرة أيضاً ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، أو كانت مانع شرعى من العقوبة ، وليس للقاضي حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو ، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البديلة ، أما عقوبات التعزير فهي ذات حدين غالباً ، وتقدير العقوبة متروك للقاضي ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجاني .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات في الشريعة لا تسمح بالتفريق في العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو المجنى عليه ؛ ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم ، وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ، والجرائم المختلفة عليها هي على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته في الشريعة هي القصاص ، ولكن مالكا والشافعي وأحمد لا يميزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمي ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمي ؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له فلا ينطبق على الذمي لأنه ذو عهد ، ويتمكك بعموم النص الذي جعل القصاص عقوبة لكل قتل . فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف في تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذي يسوى بين المسلم والذمي هو التفسير الذي يستقيم مع عموم النص ومع التسوية بين الاثنين في الجرائم عامة .

وفي الزنا لاختلاف على عقاب الزانى غير المحصن ، فالمسلم غير المحصن والذى غير المحصن عقوبتهما واحدة وهى الجلد ، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن ، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن اعتبار الذمى محصنا ؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد . أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان ، ومن ثم فالذى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان .

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾ ، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة ، ويعاقب قاذف الذمى بالعزير ، والعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها .

وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهى بنتائج واحدة ، فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى ، وتشديد عقوبة المسلم . أما فى القذف فقد تكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تكون ضده . وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ — مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص : -

ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص ، ولا يعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته ، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولا تسمح بتمييز شخص على شخص ، أو هيئة على هيئة ، أو فريق على فريق

هذه هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية ، وهذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدث لها من نظريات لا تزال أدنى مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق ، وإسكنها فى القانون لا تزال كالطفل الذى يحسن أن يحب ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

الباب الثانى

الركن المادى للجريمة

٢٤٧ - منهاج البحث : - يتوفر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية ، وقد يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز ، وقد لا يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة غير تامة ، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة ، وهذا ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة .

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد ، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم ، أو يحرض بعضهم بعضا عليها ، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها ، وهذا ما يسمى بالاشتراك فى الجريمة .

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة ، والشروع ، والاشتراك ، ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها ، وهذا ما يوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص . أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى ، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصا .

الفصل الأول

الشروع في الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع في الجريمة : - لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم ، ولكنهم اهتموا بالترقية بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع في الجرائم لم يعاقب عليه بقصاص^(١) ولا حد وإنما يعاقب علم التعزير لأن نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص ؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل ، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضي أن يغلظها أو يخففها ، أما جرائم التعزير فإذا استثنينا العدد القليل الذي نصت عليه الشريعة كتحرير الميثة وخيانة الأمانة ، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروكة أمرها للسلطة التشريعية أي لأولى الأمر ، يحرمون من الأفعال ما يرونه ماسا بالمصلحة العامة أو النظام العام ، ويعاقبون عليه ، ويتركون ما لا يرون ضرورة للعقاب عليه ، كما أن تقدير العقاب في جرائم التعزير عامة متروكة لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولي الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير وأن يشدها طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة ، وللقاضي بعد ذلك سلطة واسعة في توقيع العقوبة ، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ، وأن جرائم

(١) يعاقب على الشروع في القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالفصص كلما كان ذلك ممكناً ، ويسكن العقاب في هذه الحالة ليس على الشروع في القتل الذي لم يتم ، وإنما على الجرح أو القطع باعتبار أن ما حدث هو جريمة تامة وسبباً في تفصيل ذلك .

التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة ، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها في زمان دون زمان ومكان دون مكان ، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر ؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما ، ولم يدخلوا في تفاصيل أركان الجريمة وشروطها ، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة ؛ لأنه من جرائم التعازير .

ثانيهما : - أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم ، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة ، ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أتمها الجاني فعلا ، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أى جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة للجريمة لم تتم ، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته ، ولا استحالة في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ، ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتساق السارق للمنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تحرمة عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية ، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب ، إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة

السرقه التي لم تتم ، فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وخرج بالمسروقات من الحرز ، فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع التعزير على مادون التمام ؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة .

والزاني إذا دخل بيت المرأة المزني بها يرتكب معصية ، وإذا جلس معها في خلوة يرتكب معصية ، وإذا قبلها يرتكب معصية ، وكل هذه الأفعال تعتبر شروعا في جريمة الزنا التي لم تتم ، ولكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير ، فإذا ما تمت جريمة الزنا وجب الحد وامتنع التعزير ، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هي جريمة الزنا .

وهكذا يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة ما يدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع في الجرائم ، وإنما دعوتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة في جرائم الحدود والقصاص ، لأن الجريمة التامة دون غيرها هي التي تستوجب عقوبة الحد أو القصاص ، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لا تعرف الشروع في الجرائم ، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حتى المعرفة ، وكل ما في الأمر أنها عاجلة بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع في الجرائم ، لأن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير كلما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يعتبر في ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع فإن نأثي بشيء جديد . وإنما هو إطلاق تسمية جديدة

على بعض جرائم التعازير ، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز ، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع ، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها في القوانين الوضعية.

ونظريّة الشريعة في الشروع أوسع مدى منها في القوانين الوضعية ، فهي تعاقب على الشروع في كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية ، وهي تسير على هذه القاعدة دون استثناء ، فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحبل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها ، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير . أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع في أكثر الجنايات، وعلى الشروع في بعض الجناح ، دون البعض الآخر ، وليس لها قاعدة عامة في هذا .

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل . فإن الجرح إذا أدى للموت اعتبر الفعل قتلا عمدا ، وإذا شفى الجنى عليه اعتبر جرحا فقط وعوقب عليه الجاني بعقوبة خاصة ، أما إذا أراد الجاني أن يقتل الجنى عليه فلم يصبه فالقصد معصية وفيه التعزير .

٢٤٩ - المراحل التي تمر بها الجريمة وأنها تعتبر معصية :- تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم ، فهو أولا يفكر فيها ، ثم يعقد العزم على ارتكابها ، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كسرا سلاح يقتل به ، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذي يريد السرقة منه . أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ . فيبدأ في تنفيذ جريمته على الوجه الذي فكر فيه وأعد له الوسائل .

هذه هي المراحل الثلاث التي يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته. فأى هذه

المراحل يعتبر معصية وبالتالي جريمة تستحق العقاب؟ والجواب هو ما سنبينه فيما يلي:

أولاً - مرحلة التفكير والتصميم : - لا يعتبر التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالي جريمة يعاقب عليها ؛ لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل ، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل .

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية ، أخذت به جميعاً فى عصرنا الحاضر ، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية ، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما ، فالشريعة فى تقريرها هذا المبدأ ، قد سبقت كل شريعة وضعية ، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية فى الشريعة الإسلامية ، ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ ، أما القوانين الوضعية فلا يزال بها استثناءات للعبد ، ومن الأمثلة على ذلك : أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو التردد ، وبين عقوبة القتل العمد الخالى عن سبق الإصرار أو التردد ويشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية

ثانياً - مرحلة التحضير : - لا تعتبر مرحلة التحضير أيضاً معصية ، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية فى ذاته ، كسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة في عدم اعتبار دور التحضير جريمة ، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للعقاب عليها أن تكون معصية ، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أي : حق للجماعة أو على حق للأفراد ، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يعتبر اعتداء ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد ، وإذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أي مشكوك فيه .
والشريعة لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذي لا شك فيه

ثالثاً - مرحلة التنفيذ : - هذه هي المرحلة الوحيدة التي تعتبر فيها أفعال الجاني جريمة ، ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية ، أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادى ، بل يكفي أن يكون الفعل معصية ، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلاً في السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، وبالتالي شروعاً في سرقة ، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات . هي دخول محل السرقة ، والاستيلاء على المسروقات ، وإخراجها من الخرز . كذلك يعزز الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في سرقة ، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

ويعتبر الجاني مرتكباً لمعصية يعزز عليها وبالتالي يعتبر شارعاً في الزنا ، إذا دخل منزل المرأة التي يقصد الزنا بها ، أو اجتمع بها في غرفة واحدة ، أو قبلها أو ضمها ، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا ، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في السرقة ، إذا وجد تجوار المنزل المراد سرقة ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب

أو منقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الحائط ، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزيز الجاني كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصده غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه^(١) فقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوّناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شأننا كبيراً لنية الجاني ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجاني وحدها هى التى أزال الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا الحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجاني هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

٢٥٠ - التريفة والقانون :- وتنطق الشريعة مع القوانين الوضعية فى

عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير ، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يعتبر فيه الجاني قد بدأ بالتنفيذ ، فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة ، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة ، ولا يعد بدءاً فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة . ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما ، سابق مباشرة

على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما ، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف فى شيء عن نظرية الشريعة الإسلامية ، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة ، ولكن نظريه الشريعة مع هذا تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصى ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتية الجانى إذا تكون مما فعله معصية ، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه . كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه . أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤد حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع . ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى ، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ - العقاب على الشروع : - قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم

الحدود والقصاص أن لا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم ، وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين»^(١) . وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص ، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم ، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع ؛ لأن القطع جمل جزاء الجريمة التامة ولا شك أن البون شامح بين الشروع والفعل التام ، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل ، ويجزى بقدر ما اكتسب ، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة

(١) تعتبر جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً . والحد فى الأصل هو ما كانت عقوبته

على إتمامها ؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة الجريمة التامة بالبده في تنفيذ الجريمة ، فليس ثمة ما يفرّيه بالعدول عنها^(١) .

ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالشروع في جرائم الحدود والقصاص ، فنقول : إن القواعد العامة التي تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير ، ولورددت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط ؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم الهامة يسرى على غيرها .

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط ، وهي عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص ، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص فهو « من بلغ حداً في غير حد » والحد الأول هو العقوبة ، والحد الثاني هو الجريمة ، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد في جرائم الحدود والقصاص دون غيرها ، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في غير الحدود خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين ، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة ، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة .

٢٥٢ - أثر عدول الجاني عن الفعل : إذا شرع الجاني في ارتكاب الجريمة فيما أن يتمها وإما أن لا يتمها ، فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها ، وإذا لم يتمها فيما أن يكون أكره على عدم إتمامها كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة ، وإما أن يكون هو الذى عدل مختاراً عن إتمامها ، وفي حالة العدول

إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة ، كأن يكتفى الجاني بما فعل ، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات ، أو يرى أن يعاود الكرة في وقت آخر مناسب ، أو يخشى أن يراه أحد ، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجاني وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجاني على ذلك كأن يضبطه الجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة ، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجاني في شيء ، ما دام أن الفعل الذي أتاها يعتبر معصية .

وإذا عدل الجاني عن إتمام الجريمة لأي سبب غير التوبة ، فهو مسئول عن الفعل كلما اعتبر الفعل معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، فمثلاً إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه ، ثم عدل عن دخوله ؛ لأنه رأى الحارس يمر في هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث ، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً ؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود ، أو ليأتى بزميل له يعاونه في فتح الخزانة أو يعاونه في حمل المسروقات ، فهو في كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله ؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة ؛ ولأن ما وقع منه فعلاً يعتبر معصية ، فالتنقب معصية ، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية ، وكسر باب منزل الغير معصية ، أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأي سبب وعاد ، فإنه لا يعاقب ؛ لأن ما فعله لا يعتبر اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يعتبر معصية ، وإذا لم يعتبر الفعل معصية فلا عقاب .

٢٥٣ - المبرور للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجاني عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله ، فإن الجاني لا يعاقب على ما فعل ، إذا كانت الجريمة هي جريمة الحرابة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] . فالحارب إذا تاب قبل القدرة

عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة ، وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة للجريمة الحاربة^(١) إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب ، فإنهم اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ولهم في ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة ، وجبتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة ، وجريمة الحاربة هي أشد الجرائم ، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحاربة من الجرائم وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ [النساء : ١٦] . وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة في قوله تعالى : ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ [المائدة : ٣٩] وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ، وقال الرسول في ما عجز لما أخبر به بهريه : « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » .

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله ، أي أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب ، وأن لا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب ، ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر ، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل ، وهذا الشرط

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقاً للجماعة أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة فالمحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال ، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حداً ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة انقياس إلا بمغفوة أولياء القتيل .

يقتضى مضي مدة يعلم بها صدق التوبة ، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل^(١) .

ويترب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة ، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدي العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد ، ومجل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا في جريمة الخرابة للنص الصريح الذي ورد فيها؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فأنه أمر بجلد الزاني والزانية فقال : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين ، وقال تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم ، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال في حق المرأة . « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة ، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر فالمحارب شخص لا يقدر عايه فجعلت التوبة مسقطاً لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد في الأرض ، أما المجرم العادي فهو شخص مقدور عايه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة ، وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ - المغني ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧

«التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات ؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة»^(١).

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجاني عن إتمام جريمته تأثبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهى نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الخابلة ، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية ، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التى تمس حقا لله ، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته إلا إذا رأى الجاني نفسه أن يتطهر بالعقوبة ، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته^(٢).

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تأثبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقا لله ، أى حقاً من حقوق الجماعة ، ما لم يطلب الجاني نفسه أن يعاقب ، أما إذا كانت الجريمة تمس حقاً للأفراد فلا تسقط العقوبة .

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجاني لا تسقط العقوبة . وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه ، ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجاني إذا عدل مختاراً عن إتمام الجريمة ، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى ، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة . و بعض القوانين الوضعية لا تحل الجاني من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختاراً كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى .

٢٥٤ — الشروع فى الجريمة المستحيز : — ليس فى أقوال الفقهاء ما يشير

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ - أثنى الطالب ج ٤ ص ١٥٦ - الفنى ج ١٠ ص ٣١٦ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة . والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين .
الوضعية هي التي يستحيل وقوعها إما لعدم صلاحية وسائلها ، كمن يطلق على آخر
بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة ، وإما لانعدام
موضوعها ، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعي ومناقشاتهم
في القرن الماضي ، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها ، و بعضهم لا يرى
ذلك . أما اليوم فقد اتجه الرأي إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب
المضاد وهو المذهب الشخصي ، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته ،
فمتى كانت الأفعال التي أتاها تدل ضراحة على قصد الفاعل فهو شائع في الجريمة
وتجب عليه عقوبة الشروع .

ورأى أصحاب المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام
الشريعة الإسلامية ، إذ يستوى في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة
لوسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فإن ذلك كله لا ينفى مسئولية الجاني إن كان
ما فعله معصية ، ولا شك أن محاولة الجاني الاعتداء على المجنى عليه هي في ذاتها
معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك ،
وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع ؛ لأن المحاولة
في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية
قد ظهرت وتجسدت في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جاني
يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية ، وإذا كان الفعل لم يلحق أذى
فعلا بالمجنى عليه ، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها ، فإن ذلك أمر يترك
تقديره للقاضي ، فيعاقب الجاني بالعقوبة التي تتلاءم مع قصده وخطورته
والظروف التي أحاطت بتنفيذ جريمته .

الفصل الثاني

الاشتراك في الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد ، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم في تنفيذها ، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها ، وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجاني قد يساهم في تنفيذ الركن المادي للجريمة مع غيره ، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ ، وقد يحرضه عليه ، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه في التنفيذ ، وكل واحد من هؤلاء يعتبر مشتركاً في الجريمة سواء اشترك مادياً في تنفيذ الركن المادي للجريمة أو لم يشترك مادياً في تنفيذه .

ولتمييز بين من يشترك مادياً ومن لا يشترك في تنفيذ الركن المادي للجريمة يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادي شريكاً مباشراً ، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكاً متسبباً ، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر في الجريمة ، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس هذه التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة فهو شريك في المباشرة ، وأن الثاني يتسبب في الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادي فهو شريك بالتسبب^(١) .

ولعل في التفريق بين الشركاء المختلفين على الوجه ما يزيل اللبس الذي يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها ، ولعل رجال القانون في مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

٢٥٦ - اهتمام وإهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : -

العلة الأولى : - إن الفقهاء كما ذكر من قبل^(١) قصروا مهمهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهي جرائم الحدود والقصاص ، لأنها جرائم ثابتة لاتقبل التغيير والتعديل ، ولأن عقوباتها مقدرة لاتقبل الزيادة أو النقص أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة ، لأنها في الغالب جرائم غير ثابتة ، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة فهي تقبل الزيادة والنقص .

العلة الثانية : - إن القاعدة العامة في الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باثر الجريمة دون التسبب ، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبي حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس ومادونها أى جرائم القتل والجرح ، وحجتهم في ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب ، وأنها تقع كثيرا بالتسبب ، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على التسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر ويقتصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين ، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك في جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة ؛ لأن العقوبة المقدرة لاتقع إلا على الشريك المباشر فقط ، فجريمة الاشتراك بالتسبب هي من جرائم التعازير في كل حال سواء اشترك الشريك المتسبب في جريمة من جرائم الحدود والقصاص ،

أو اشترك في جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر ، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب ، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر ؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع ، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب ؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص ، وإنما يعزر ، فجزيمته دائماً من جرائم التعازير ، ولو أنه اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالاً كلياً ، بل تعرضوا له أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونه أي جرائم القتل والجرح ؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب ، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وما ذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك ، وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لا تختلف في مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب في أحدث القوانين الوضعية .

٢٥٧ - شروط الاشتراك العامة : - والاشتراك سواء كان مباشراً

أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توفرهما لاعتبار الاشتراك جريمة وهذان الشرطان هما : -

أولاً - أن يتعدد الجناة ، فإذا لم يتعدوا فليس هناك اشتراك مباشر ، ولا غير مباشر .

ثانياً - أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه ، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقباً عليه فليس هناك جريمة وبالتالي لا اشتراك .

المبحث الأول

في الاشتراك المباشر

٢٥٨ - اشتراك المباشرين : - الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى ، وهو مانسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى في الجريمة ، ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب ويعملون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه ، وعلى هذا يعتبر مباشرة للجريمة : -

أولا - من يرتكبها وحده أو مع غيره ، فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة ، وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على الجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل ، وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر في حالتى التوافق والتماثل : يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسئوليته في حالة التماثل ، ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره ، كشخصين ضربا ثالثا فقط أحدهما يده وقطع الثانى رقبته ، فيسأل الأول عن القطع ، ويسأل الثانى عن القتل ، أما في حالة التماثل فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة ، كما هو الحال في المشاجرات التى تحدث فجأة ، فيتجمع لها أهل المتشاجرين

دون اتفاق سابق ، و يعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة ، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافق ، ولكن كلامهم لا يسأل إلا عن فعله فقط ، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التماثل فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين ، ويتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه ، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث ، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضر به أحدهما بسكين فقطع إصبع يده ، وذبحه الثاني ، فإنهما يعتبران متماثلين على جريمة القتل ، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التماثل .

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتماثل ، فحكمهما عنده واحد ، والجاني لا يسأل في الحالين إلا عن فعله فقط^(١) . أما بقية الأئمة فيفرون بين التوافق والتماثل على الوجه الذى سبق بيانه^(٢) ، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة^(٣) .

متى يعد الجانى شريكاً مباشراً ؟ - يعد الجانى شريكاً مباشراً كلما أتى فعلاً يعتبر به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة ، وهو يعتبر كذلك كلما أتى فعلاً يعتبر معصية قاصداً به تنفيذ الجريمة ، فهو يعد مباشراً للجريمة كلما اعتبر شارعاً فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم ؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على اعتباره شريكاً مباشراً ، وإنما أثره قاصر على العقوبة ، فإن تمت الجريمة وكانت حداً وجبت عقوبة الحد ، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ -

تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٥١ ، ١٥٢ - حاشية البيهقى على المنهاج ج ٤ ص ١٤٠ - الإقناع ج ٤ ص ٧١ .

(٣) المنى ج ٩ ص ٣٦٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ - المهذب ج ٢ ص ٧١٦ .

فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالمعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصي في القوانين الوضعية^(١)، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتي يتجه إليها معظم الشراح، ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذي قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهي تتفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصري.

ثانياً : - يعتبر مباشراً للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه فمن يأمر شخصاً غير مميز أو شخصاً حسن النية بقتل آخر فيقتله فإن الأمر يعتبر فاعلاً مباشراً للجريمة عند مالك والشافعي وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى لأن المأمور كان أداة في يد الأمر يحركه كيف يشاء^(٢). أما أبو حنيفة فلا يعتبر الأمر مباشراً إلا إذا كان أمره إكراهاً للمأمور فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشراً ولا يأخذ حكم المباشر^(٣).

واعتبار الشريك بالتسبب مباشر هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الأمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل

(١) راجع الفقرة ٢٥٠

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح

الكبير ج ٩ ص ٣٤٤. المفتى ج ٩ ص ٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠.

الجبرية باعتباره فاعلاً أصلياً لاشريكاً للفاعل^(١). أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يعتبر الأمر شريكاً كما هو ظاهر النص ، ولكن المحاكم المصرية لاتزال مع ذلك على اعتبار الشريك المتسبب مباشراً متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها ، فكان المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

٢٥٩ - عقوبة المباشريين : القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده ، فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده ، ولو أن الجانى عند التعدد لا يأتى كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ - أثر ظروف المباشرة على العقوبة : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة . والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل ، وقصد الفاعل ، فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء ، وبالنسبة للثانى دفعا لوسائل أى دفاعاً شرعياً . وبالنسبة للثالث تأديباً . وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً . وأحدهم عاقلاً . وقد يكون أحدهم عامداً . وأحدهم مخطئاً وكل هذا يؤثر على العقوبة ، فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب ، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه ، بخلاف العاقل المميز ، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العامد .

٢٦١ - هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟ : - القاعدة فى

الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل ، أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل ، فإن عقوبة الشريك الآخر الذي لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده . فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله ، فمات من الجرحين ، فإن الجاني الأول يعفى من العقاب ؛ لأن وجوده في حالة دفاع شرعى أباح له الفعل ، ويعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد ؛ لأن فعله عدوان متعمد ، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك في القتل مع من يباح له القتل ؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة في فعله لم تتوفر في فعل الثانى وإذا اشترك مجنون مع عاقل في ارتكاب جريمة أعفى الأول من العقوبة لجنونه ، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون الإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى ، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توفرت في الأول ولم تتوفر في الثانى . والأب حين يشترك مع غيره في قتل ولده لا يقتص منه ، ولكن الغير يقتص منه ؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة في الأب وهى صفة خاصة به لا تتوفر في شريكه فلا يستفيد منها الشريك . والعامد والخطئ إذا اشتركا في جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده ، فعلى العامد عقوبة العمد ، وعلى الخطئ عقوبة الخطأ ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى ؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجاني وهو معنى لا يتوفر في العامد^(١) .

هذه هى القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص فإن الخلاف ليس في الواقع على تطبيق هذه القاعدة ، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هى قاعدة درء الحدود بالشبهات ، كما أن الخلاف محصور في

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣٩ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - المغنى ج ٩ ص ٣٧٣ ، ٣٧٩ وما بعدها .

الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين ، كحالة القتل من مخطئ وعامد ومن مدافع ومعتد ، ومن مجنون وعاقل ، ومن صبي وبالغ ، ومن عمل الطيب وعدوان الجاني . اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها ؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذي أدى للقتل دون فعل شريكه فرأى البعض في قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر ، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بمقوبته المستحقة عليه ، فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية ، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملاً سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده .

ونظرية الشريعة في عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، وهي النظرية السائدة في القوانين الوضعية فالقانون المصري ينص على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . وكذلك الحال إذا تغير الواصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها» (١) .

المبحث الثاني

في الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ - الشراء التسبيح : يعتبر شريكاً متسبباً من اتفاق مع غيره على

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري .

ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل ، ويشترط في الشريك أن يكون قاصداً بالاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ - شروط الاشتراك بالنسب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالنسب لا يوجد إلا إذا توفرت ثلاثة شروط : أولها - فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها - وسيلة لهذا الفعل وهي اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها - أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المناقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلي : -

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه ، وأن يقع هذا الفعل ، وليس من الضروري أن يقع الفعل تاماً ، بل يكفي لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعاً معاقباً عليه ، وليس من الضروري أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك ، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك ، وقد يعنى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة : أ - الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا^(١) بين التوافق والاتفاق أى التماثل ، فالتوافق هو توافر خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم ، ولا يعتبر المواقفون شركاء بالنسب، وإنما يمكن اعتبارهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق فيقتضى تفاهماً سابقاً على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر ، كما يقتضى اتجاه إرادتهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق فلا اشتراك ، وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

على غير الجريمة التي ارتكبت فليس هناك اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر فلا اشتراك ، ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق . مستقلاً ؛ لأنه معصية .

ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق . فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق فلا اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث ، وبعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له ؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله ، فقتله الآخر دفاعاً عن نفسه ، فلا مسئولية على المباشر ؛ لأنه كان في حالة دفاع عن النفس ، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة ؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية في ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية للمالك : - ويعتبر مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها شريك مباشر لاشريكاً متسبباً ، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يعن المباشر إذا كان بحيث لم يباشرها غيره بأمرها هو . وهذه نظرية مالك في الشريك المتسبب على الإطلاق سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة^(١) ، وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقها عليها غيره من الفقهاء .

ب : التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة ، والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة ، فإذا كان من وجه إليه الإغراء سیرتکب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض ، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذي دفع الجاني للجريمة ، وسواء كان للتحريض أثر أو لم

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ .

يكن ، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا ؛ لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

ويعتبر تحريض الأمر بالقتل ، والإكراه على القتل ، والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون في وسعه أن يأتي الجريمة أو يتركها ، أما المكره فليس كذلك ؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس في وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة ، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الأمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه ، وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا ولم يكن للأمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضا عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتج .

ويفرقون في حالة وجود سلطان للأمر بين المميز وغيره ، فإن كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الأمر فهو أداة للأمر ولو أنه باشر الجريمة ، ويعتبر الأمر هو المباشر لها ولا يعتبر في هذه الحالة شريكا بالتسبب^(١) .

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر في محل الجريمة أثناء مباشرتها يعتبر فاعلا أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده ، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

ج - الإغاثة :- يعتبر شريكا في الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ، فمن يقرب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معينا له ، ومن يستدرج الجنى عليه لحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ ، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الفقى

ج ٩ ص ٣٣١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجاني أو الجناة في نقل المسروقات يعتبر معيناً لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين ، فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه ، أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته ، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا تعتبر تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء في حكم من أمسك إنساناً ليقْتله ثالث ، فرأى البعض أن المسك شريك معين وليس مباشراً للقتل ، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى ، ورأى في مذهب أحمد ، وحجتهم أن المسك إذا كان تسبب بفعله في القتل إلا أن الآخر هو الذى باشره ، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يمكن ملجئاً . ورأى البعض أن المسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل ، وهذا رأى مالك والرأى الثانى في مذهب أحمد ، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والمسك تسبب فيه . وأن المباشر والسبب تساويا في إحداث نتيجة الفعل وهى القتل . ولم يكن في الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين ^(١) .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى اعتبار هذا معينا وذاك مباشراً ، فلا خلاف بينهم في تعريف للمعين والمباشر ، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة ، وهل هى المباشر أو التسبب ^(٢) . هذه القواعد تلخص في أن المباشر إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :- الأولى : أن يتغلب السبب على المباشر ، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشر عدواناً ، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة . الثانية : أن تتغلب المباشر على السبب ، ويكون ذلك كلما قطعت المباشر

(١) المرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ — المرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عمل السبب ولم يكن السبب سبباً ، كمن ألقى بآخراً في لجة لا تستطيع النجاة منها فلقية ثالث في اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة ، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل . فإن المكره هو الذي يحرك المباشرة ويحمّله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئاً ، ولولا فعل الثاني ما أدى الإكراه للقتل . فالخلاف واقع في تطبيق هذه القواعد لا في غيرها . إذ المسك يعتبر متسبباً في القتل والثاني مباشراً له ، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب . فمن اعتبر المسك شريكاً مباشراً فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما ، ومن اعتبر المسك شريكاً بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب ، وأن عمل المسك يعتبر إغاثة على القتل لا مباشرة له .

ويعتبر مالك المعين شريكاً مباشراً في حالة التماثل على الجريمة ، أى في حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث ، أو كان على مقربة منه ، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة ، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به . فهو شريك بالتسبب فقط . أما بقية الفقهاء فيعتبرون المعين شريكاً بالتسبب في كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة الشرط الثالث : - أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه : - ويشترط أن يقصد الشريك من اتفائه أو تحريضه أو عونته وقوع جريمة معينة ، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك في كل جريمة تقع مادامت تدخل في قصده المحتمل ، فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما ، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجاني غيرها فلا اشتراك ، فمن أعطى إنساناً فأساء ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر فلا يعتبر أنه أعان القاتل على القتل ، ومن حرّض إنساناً على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يعتبر شريكاً في جريمة الإتلاف . على أن عدم

مسئولية المحرض باعتباره شريكاً لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها ؛ لأن التحريض في ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ - عملة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعتبر الاشتراك

موجوداً إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة ، فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق ، فإن لم تكن الجريمة نتيجة للاتفاق فلا اشتراك ، وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة للتحريض ، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر في نفس المباشرة فلا اشتراك ، ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية ، فمن استدرج إنساناً إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل في المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله ، ثم جاء الجاني بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى الجاني عليه وقتله في منزله ، ففي هذه الحالة لا يسأل المعين باعتباره شريكاً لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة . وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها معاصي أى جرائم مستقلة بذاتها ، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التي قصدت منها .

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بعمل سلبى : - وسائل الاشتراك هى

الاتفاق والتحريض والإعانة والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض . أما الإعانة فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية ، كمن رأى جماعة يسرقون منزلاً فسكت عليهم ، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه ، أو رأى رجلاً يلقى بصغير لا يحسن العوم في نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير ، فهل يعتبر السكوت في هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤاخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون في هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة ؛ لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية

الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية ، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر ، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة ، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها . والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها ، السكوت فى هذه الحالة لا يقوم على تفاهم ، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة ، كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة ، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التى يجب توفرها بين عون المعين ووقوع الجريمة . ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى ، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة ، ومن لا يقدر على منعها ، فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فهو مسئول جنائيا عن سكوته ، ويعتبر مشاركا فى الجريمة ومعينا للجناة ، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت ، ولا يعتبر معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا ، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها^(١) .

٢٦٦ - عمول الشريك وأثره : - إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له ، أو عدل عن تقديم العون إليه ، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك فمن السهل فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ما حدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة ، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب ، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه ، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك . على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض باعتبار كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية .

٢٦٧ - عقوبة الشريك المنسحب : - القاعدة فى الشريعة أن العقوبات

المقدرة جعلت لمباشر الجريمة دون الشريك المتسبب ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك ، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون ، وإنما يعاقب بالتعزيز

والعلة فى اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة ، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يعتبر شبهة تدراً عنه الحد ؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرماً وأقل خطراً من مباشر الجريمة ، ومن ثم لم تستوعب عقوبتهما .

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر ، كالوكان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص ؛ لأنه يعتبر شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً .

وقد عرفنا نظرية مالك التى تعتبر الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكاً مباشراً إذا حضر تنفيذ الجريمة ، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو ، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها . وبمقتضى هذه النظرية يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما اعتبر شريكاً مباشراً .

أما جرائم التعازير فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين : —

١ — فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص وجب أن لا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب ، ووجب أن تجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول ، ويمكن تعليل هذا رأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب ، وأن الشريك المتسبب أقل خطراً وأخف جرماً من الشريك المباشر ، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ — وإذا قلنا : إن القاعدة الخاصة بجرائم الحدود والقصاص ، وإن سبب

التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة ، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب ، وهذا هو الذى نرجحه ؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية ، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى ، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها ، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والجرم ، كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة ، وما دامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب ، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترب على هذا رأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر ، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها ؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب ، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعى فى التقدير ظروف الجرم والجريمة ، فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه ، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته . ويستطيع القاضى على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى ، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقضى بالتسوية بينهما .

٢٦٨ - أفض الشريك بقصده إلى . — ويسأل الشريك المتسبب

عن الجريمة التى ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التى قصدها الشريك المتسبب ، مادامت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لاشترائه ، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة ، فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاة ، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد ؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ الجريمة .

الضرب ، وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتريده أو شلها فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه ؛ لأن هذان النتائجان المتوقعان للضرب .

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر

عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التي تؤثر على عقوبة الشريك المباشر وقد لا تتأثر بها . وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل ، وصفة الفاعل ، وقصده كما بينا سابقاً^(١) .

فأما من جهة الفعل ، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذي قصده الشريك المتسبب ، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير ، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلכל منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بينها^(٢) . وإذا ارتكب المباشر فعلاً غير الذي قصده الشريك المتسبب فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلًا في قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته ، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشيء من هذا ؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى في الشريك المباشر لا يتوفر في الشريك المتسبب ، فإذا كان الشريك المباشر صبيًا أو مجنونًا فلا عقاب عليه ، وعلى الشريك المتسبب العقاب ، وإذا كان الشريك المباشر معتادًا على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب ، وإذا كان الشريك المباشر صغير السن ، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفًا لقصد المباشر ، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها .

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

ويراعى دائماً في كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين في جرائم الحدود والقصاص .

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة فإنها تسرى عليه ، فإذا كان عائداً شددت عقوبته ، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته ، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة ، وإذا كان للشريك المتسبب الحق في إتيان الفعل فحرض غيره عليه ، كأن حرضه على تأديب ولده ، أو تلميذه ، أو زوجته ، فالفعل يعتبر جريمة بالنسبة للمباشر ، ولا يعتبر بالنسبة للشريك المتسبب ؛ لأنه لو مباشر الفعل بنفسه لما اعتبر مجرمًا ، وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

٢٧١ - بين الشريعة والقانون : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في تعريف الاشتراك بالتسبب ، وشروط هذا النوع من الاشتراك ، ووسائل الاشتراك ، ووجوب توفر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة . وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التي يأخذ بها القانون البلجيكي اليوم ، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصري في القتل العمد

وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم التهازير مع النظرية التي أخذ بها القانون المصري والقانون الفرنسي في معظم الجرائم ، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق نظرية الشريعة في استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالي الذي يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تنفع الجريمة المقصودة :-

القاعدة العامة في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم ، وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ، ما لم تعمل به أو تكلم » .

ويترب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر في الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه ، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة ، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل في الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة الجرم على جريمته ، كل ذلك يعتبر بذاته جريمة مستقلة ، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وهو يعتبر جريمة من وجهين : أولها : أن الشريعة تحرم الأمر بالمعكر والاتفاق والإعانة عليه ، والجرائم هي أشد المنكرات وأكبرها في الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها يؤدي إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم ، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى الحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة ؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته ، فإذا وقعت الجريمة المقصودة اعتبر المتفق أو الحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التي بينها فيما سبق .

و ينبنى على ما سبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه في الشريعة ، وأن الاتفاق الجنائي على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائج المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها في عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول ، فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوى إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض ، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة ، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره في عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في أحد المبدأين وتخالفها في الآخر ، فتتفق القوانين مع الشريعة في أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل ، ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات ، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار ، وتخفيفه في الجرائم العمدية التي لم يصحبها سبق إصرار ، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثاني فتخالف فيه القوانين الشريعة ، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة ، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة ، سواء وقعت تامة أو لم تتم ، علم ، أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية باعتبارها جرائم مستقلة ، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها ، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة ٤٧ منه ، وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه القوانين الوضعية ، هو أخذ بنظرية الشريعة التي تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة ، فمن وجهة المنطق إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محررم ، فإن كان محرماً لذاته فقد وجب العقاب عليه سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وإن كان غير محررم لذاته فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة ؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير

محرم ؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره ؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما ، بعد الاتفاق والتحريض والإياعة ، وقد اعتبرناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام ، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل في الاتفاقات الجنائية .

الباب الثالث

الركن الأدبي

٢٧٣ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الباب على موضوعين : أولهما المسئولية الجنائية . وثانيهما - ارتفاع المسئولية الجنائية . وسنخصص لكل موضوع فصلاً خاصاً .

الفصل الأول

في المسئولية الجنائية

٢٧٤ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية ، وعلى محل المسئولية الجنائية ، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها ، ثم على قصد العvisيان أو القصد الجنائي ، وعلى أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية وعلى أثر الرضاء على المسئولية ، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية وسنخصص لكل موضوع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

في أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ - عرصة : تاريخي للمسئولية الجنائية :

أولاً : في القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية في العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية تجعل الإنسان والحيوان بل الجماد محلاً للمسئولية

الجنائية ، وكان الجاد يعاقب كالحيوان على ما نسب إليه من أفعال ضارة ، كما يعاقب الإنسان على ما ينسب إليه من أفعال محرمة ، وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء ، ولم يكن الموت من الأسباب التي تعفى الميت من المحاكمة والعقاب ، ولم يكن الإنسان مسئولاً جنائياً عن أعماله فقط ، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير ، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير فكانت العقوبة تتعدى الجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البراء من جنايته .

وكان الإنسان يعتبر مسئولاً جنائياً عن عمله ، سواء أكان رجلاً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ، وسواء كان مختاراً أو غير مختار ، مدركاً أو فاقد الإدراك .

وكانت الأفعال المحرمة لاتعين قبل تحريمها ، ولا يعلم بها الناس قبل مواخذتهم عليها ، وكانت العقوبات التي توقع غير معينة في الغالب ، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها ، فكان الشخص يأتي الفعل لم يحرم من قبل ، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب ، ولو لم يكن عوقب أحد من قبل على هذا الفعل ، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل ، وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافاً ظاهراً ؛ لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متروك للقاضي فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط .

هذه هي بعض المبادئ البالية التي كانت القوانين الوضعية تقوم عليها ، وهي مبادئ ترجع في أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التي كانت تسيطر على القوانين الوضعية ، والتي تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجاني والجناية ، وبين الجاني وغيره من أهله والمتصلين به ، ولا تحسب حساباً للملكات الجاني الذهنية ، وقدرته على التفكير والتمييز والاختيار ، وتوجيه إرادته للفعل ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه .

وقد ظلت هذه المبادئ سائدة في القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية .

فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة ، وأخذت تحمل محلها من ذلك الحين مبادئ جديدة ، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية . فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية ، وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره ، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا ، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين ، وارتفعت المسئولية عن المكروه وفاقد الإدراك ، وأصبح من المبادئ الأساسية فى القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، وأن لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين ، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها .

ثانياً - فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلاً عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفت الشريعة من يوم وجودها ، وإنها من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الشريعة . فالشريعة لا تعرف محلاً للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف ، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلاً للمسئولية .

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى منه الرجال لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [النور : ٥٩] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يصحو ، وعن المجنون حتى يفيق » .

والشريعة لا تؤاخذ المكروه ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل : ١٠٦] وقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة : ١٧٣] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية : ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى

وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴿ [النجم : ٣٨ ، ٣٩] فلا يسأل الإنسان إلا عن جانيته ، ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به .

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يحرم فهو مباح ومن عقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ما قبل ذلك فيدخل في قوله تعالى : ﴿ عفا الله عما سلف ﴾ .

وليس للقضاة في الشريعة الإسلامية أى شيء من الحرية في اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم الحدود والقصاص ، أما في التعازير فلهم حرية مقيدة ، لهم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والجرم ، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التي وضعها أولو الأمر .

هذه هي المبادئ الحديثة التي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن الماضي ، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثني عشر قرناً ، ومن المؤلم حقاً أن يحل أكثر رجال القانون في البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية ، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هي أول ما استحدثت هذه المبادئ التشريعية .

٢٧٦ - نظرية المسؤولية الجنائية في الشريعة والأسس التي تقوم عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بشاعرهم أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها ، والأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنتهي بمساس مصلحة الجماعة ونظامها ، فالأفعال التي تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها والعقوبات التي تفرض على

هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها^(١).

والأفعال التي تحرم لا تحرم لذاتها ؛ لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة . فإنها تعود على الجاني بالنكسب وكالزنا فإنه يعود على الزاني باللذة وإطفاء الشهوة ، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار ، فهناك فوائد محققة تعود على الجاني من ارتكاب الجريمة ، ولكن هذه الفوائد التي قد يصيبها الجاني من جريمته تؤدي إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وانهلال نظامها ، ولتلافي هذه النتائج حرمت هذه الأفعال ؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظاً لنظامها من التفكك والانهلال .

والأفعال المحرمة بعضها يعتبر بطبيعته جريمة ؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا ، وبعضها لا يعتبر بطبيعته جريمة ولم يحرمه الشارع ، لأنه يمس الشرف أو يؤذي الأخلاق ، وإنما حرمه ؛ لأن في إباحتها إضرار بالجماعة كتحریم حمل السلاح ، وتحریم الانتقال من محل موبوء بمرض معد إلى محل غير موبوء ، وتحریم الامتناع عن تلقي العلم ، فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها .

وإذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة ، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصوالحها ونظامها ، ولما كانت العقوبة هي أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام ، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها ، ومثل العقوبة في هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة في حماية الجماعة من الإجرام والجورسین .

وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية ، فإن كل ضرورة تقدر بقدرها ، فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغي لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها ، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام .

وتعتبر العقوبة محققة لمضاحجة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط ،
وهي تعتبر كذلك كلما توفرت فيها العناصر الآتية : —

١ — أن تكون العقوبة بحيث تكفي لتأديب الجاني وكفه عن معاودة الجريمة ، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجاني وأن يقدر كمية العقوبة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه ، وهذا يقتضى تنوع العقوبات ، وتعددتها للجريمة الواحدة ، وجعل العقوبات ذات حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ^(١) .

٢ — أن تكون العقوبة كافية لزرع الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة . وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفر من الجريمة .

٣ — أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة ، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة ، فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ . ولقد عاقبت الشريعة مثلاً على السرقة بقطع اليد ، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان ، ولم تعاقب على إتلاف الزنا بالخصاء ، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص .

٤ — أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها ، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو شخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات . والعقوبة التى تتوفر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية ، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار ، فإذا لم يكن الجاني مدركاً

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم إلا جرائم الحدود والقصاص وقد بينا علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ .

أو مختاراً فلا عقاب كقاعدة عامة ، فالجنون لا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولا يجلد إذا زنا وهو غير محصن ، وكذلك الصغير الذي لم يميز ، ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية نفسها بالوسائل التي تراها كافية أو ملائمة . فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الافتصاص منه إذا قتل فإنه يمكن أن يوضع في ملجأ ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات والجنون إذا لم يمكن عقابه ، فإن من الممكن حماية الجماعة من شره بوضعه في مستشفى ، وهكذا إذا امتنع عقاب الجاني بالعقوبات العادية ، وكان من الضروري اتقاء شره وحماية الجماعة منه ، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل ما تحمى به نفسها من شر الجاني ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه ، كأن تضعه في ملجأ أو مستشفى أو مدرسة إلى أمد محدود أو غير محدود بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صالح حاله ، وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعتبرها الشريعة تعازير فهي عقوبات ولكنها غير عادية أو هي عقوبات خاصة . والمقصود منها أساساً هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضاً التأديب وإصلاح الجاني كما في حالة الصغار .

ويعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادي بأن الله جل ثناؤه وتقدست أسماؤه خلق العباد وخلق الموت والحياة ، وجعل ما على الأرض زينة لها ليلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملاً ، وأنه هياً لهم أسباب الابتلاء في أنفسهم وفي خارج أنفسهم ، فأما في أنفسهم فقد خلق لهم العقول ، والأسماع ، والأبصار ، والإرادات ، والشهوات ، والقوى ، والطبائع ، والحب ، والبغض ، والميل ، والنفور ، والأخلاق المتضادة المتقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسيبه ، وأما في خارج أنفسهم فقد خلق لهم المنافع والمعاني التي تحرص النفوس عليها وتتنافس في الوصول إليها ، كما خلق لهم من المعاني والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها ، ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعي أنفسهم وطبائعهم ، بل ركب في فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والمنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها ، ولم يكثف

بمجرد ذلك حتى عرفهم به مفصلاً على السنة رسله ، وقطع معازير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين ما لا يبق معه لهم عليه حجة ؛ ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة ، وصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال ، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك ما نهاهم عنه غاية التمكن وأعانهم عليه بكل سبب ، وسلطهم على قهر طباعهم ، وأرشدهم إلى التفكير والتدبر وإيثار ما تقتضيه عقولهم ، وأكمل لهم دينهم وأتم عليهم نعمته بما أوصله إليهم على السنة رسله من أسباب العقوبة والثوبة والبشارة والنذارة والرغبة والرهبة ، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه في دار الدنيا ليكون علماً وأمانة لتحقيق ما أخره عنهم في دار الجزاء والثوبة ويكون العاجل مذكراً بالآجل . وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعاتهم ونظامهم ، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطاعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم ، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئاً ، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم ، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب ، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارين مدركين^(١) .

أما من لم يكن مدركاً أو مختاراً فلا عقاب عليه ؛ لأن المكلف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهى ، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلاً ، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصا أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم^(٢) . وسنعرض على القارئ فيما يلي أنموذجاً مما يقوله الفقهاء في تعليل عدم العقاب في هاتين الحالتين ، وهذا

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢١٤ ، ٢١٦ .

(٢) المستصفي للقراني ج ١ ص ٨٣ ، ٨٤ ، ٩٠ — فوانج الرجوت ج ١ ص ٩٤٣ وما بعدها و ص ١٦٦ — أصول الفقه للخضري ص ١٠٩ وما بعدها .

القول لأبي الحسن الآمدى صاحب كتاب الإحكام فى أصول الأحكام قال: (١) « اتفق العقلاء على أن شرط المكلف (٢) أن يكون عاقلاً فاعلم للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال ، كالجناد والبهيمة . » ومن وجده أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كون الأمر به هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا ، كالجنون والصبي الذى لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجناد والبهيمة ، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأى من يميز التكليف بما لا يطاق ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله . »

« وأما الصبي المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضاً غير فاهم على السكالم ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلماً مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى ، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف ، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف . »

وإن كان مقارناً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة ، فإنه وإن كان يفهم كفهمة الموجب لتكليفه بعد لحظة ، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً ، وظهوره فيه على التدرج ، ولم يكن له ضابط يعرف به ، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه ، ودليله قوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »

« وعلى هذا فالعاقل عما كلف به والسكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضاً ، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبي المميز

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى .

فما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه ، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله .

« واختلفوا في الملجأ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسمعه تركه في جواز تكليفه بذلك الفعل إيجاباً وعدمه ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار ، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه ، كان تكليفه به إيجاباً وعدمه غير جائز إلا على القول بتكليف مالا يطاق وإن كان ذلك جائزاً عقلاً لكنه متمنع الوقوع سمماً لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخظة .. وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار فهو مختار وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً .

هذه هي نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية ، وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهما : - إن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها ، فهي ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها : إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصاح حاله .

ثانيهما : - إن العقوبة العادية لا يستحقها إلا من كان مدركاً مختاراً من المكلفين ، فإذا لم يكن المكلف مدركاً أو مختاراً فلا مسؤولية عليه وبالتالي لا عقاب ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمي نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة ، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب .

٢٧٧ - نظرية المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية : وإذا كانت الشريعة

الإسلامية قد عرفت النظرية التي بسطناها من ثلاثة عشر قرناً ولم تعرف غيرها

فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة ، فقبل الثورة الفرنسية كانت المسؤولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية ، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه ، وبغض النظر عن صفته وحالته ، وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد ، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والجانين .

وبعد الثورة الفرنسية قامت المسؤولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار و يسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى وخلاصته أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار ، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوفر فيه هاتان الصفتان ، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما ، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه ، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار ، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع . فأساس المسؤولية هو الإدراك والاختيار ، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع ، وجزاء عادلا على مخالفته .

و بعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا ظهر المذهب الوضعى ، وهو قائم على فلسفة الجبر ، وخلاصته أن المجرم لا يأتى الجريمة مختارا ، وإنما يأتيها مدفوعا إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجسمى ، وإذا كان الجانى لا خيار له فى ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى ، ولكن يمكن عقابه إذا اعتبرت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها ، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار ، مدركا أو غير مدرك ، عاقلا أو مجنونا ، وإنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته ، وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به .

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين ، ويسمى مذهب الاختيار النسبي ، ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدي ، لأن الإنسان مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخل في الجريمة ، ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى ، وهي أن المشرع أن يحمي الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يتمتع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم ، بأن يتخذ معهم إجراءات خاصة مناسبة لحالتهم . وهذا المذهب هو الذي يسود القوانين الوضعية اليوم^(١) .

ويلاحظ أن المذهب القانوني الأخير يؤدي إلى نفس النتائج التي يؤدي إليها مذهب الشريعة الإسلامية ، ولا يفترق عنه إلا في أن نظرية الشريعة أدق منطقاً وأفضل صياغة ، فهي تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة ، وتفرق في تطبيق وسائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار . أما المذهب القانوني فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة ، وهذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدي ، وهو أساس يتعارض منطقياً مع معاقبة غير المسئول ، أو اتخاذ أي إجراء ضده ، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع ، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة في شيء أن يؤخذ بأى وجه من وجوه المؤاخذه . والشريعة الإسلامية وإن كانت تجعل أساس المسؤولية الجنائية الإدراك والاختيار ، والمدرك المختار مسئولاً كلما خالف أمر الشارع ، وتعتبر فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول ، إلا أنها تجعل العقاب ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع ، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائياً بالعقوبة التي تحمي الجماعة منه ، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك .

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عرفت من القرن السابع الميلادي ، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا في القرن العشرين وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه أنه يخالف الواقع .

٢٧٨ - معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة :- معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمن أتى فعلاً محرماً وهو لا يريد كالمسكر أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً عن فعله ، ومن أتى فعلاً محرماً وهو يريد ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله .

فالمسؤولية الجنائية في الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتي الإنسان فعلاً محرماً . ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً . ثالثها : أن يكون الفاعل مدركاً^(١) فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها انعدمت .

٢٧٩ - معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية :- معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، وأسس المسؤولية في القوانين هي نفس الأسس التي تقوم عليها المسؤولية في الشريعة ، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التي تقيم نظرية المسؤولية على فلسفة الجبر وعدد هذه القوانين محدود .

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية ، فقد كان للمسؤولية الجنائية في ذلك الوقت معنى آخر ، وهو أن يتحمل الفاعل أياً كان نتيجة فعله سواء كان إنساناً أو غير إنسان ، مختاراً أو غير مختار ، مميزاً أو غير مميز ،

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز لأن الفقهاء يعملون التمييز أدنى درجة من الإدراك .

فكان أغلب القوانين الوضعية تسير الآن في نفس الطريق الذي سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً .

المبحث الثاني

في محل المسؤولية الجنائية

٢٨٠ - الإنسان محل المسؤولية : ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً ، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسؤولية الجنائية ، لأنه وحده هو المدرك المختار . أما لحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلاً للمسؤولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار .

ومحل المسؤولية هو الإنسان الحي ، فلا يمكن أن يكون الميت محلاً للمسؤولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ، ولأن القاعدة في الشريعة أن الموت يسقط التكليف .

وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسؤولية الجنائية ، فإن توفر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسؤول عاقلاً بالغاً مختاراً . فإن لم يكن كذلك فلا مسؤولية عليه ؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركاً ولا مختاراً ، ومن لم يبلغ سنّاً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار ، وعلى هذا فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأي سبب آخر ، ولا مسؤولية على مكره أو مضطر .

الشخصيات المعنوية : وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فاعتبر الفقهاء بيت المال جهة ، والوقت جهة أى : شخصاً معنوياً وكذلك اعتبرت المدارس والملاجئ ، والمستشفيات وغيرها ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلاً لتملك الحقوق والتصرف فيها ، ولكنها لم تجعلها أهلاً للمسؤولية الجنائية ؛ لأن المسؤولية تبنى على الإدراك والاختيار

وكلاهما منعقد دون شك في هذه الشخصيات ، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات ، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن ، فإنه هو الذي يعاقب على جفايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوي .

ويمكن عقاب الشخص المعنوي كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوي كمقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحذر من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها .

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً أي من يوم وجودها ، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد محلاً للمسئولية الجنائية ، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحي والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكروه ؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعلها ، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبي غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقليتهم ، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب على ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية . أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التي كانت تقوم عليها القوانين الوضعية فإن هذه القوانين لا تعرف محلاً للمسئولية الجنائية غير الإنسان الحي ، كما أنها تفرق في حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار ، وبهذا أصبحت في هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية .

٢٨١ - تسمية المسئولية الجنائية : من القواعد الأولية في الشريعة

الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريمة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما . وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في كثير من آياته من ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ [الأنعام : ١٦٤] . ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ [فاطر :

[١٨] ، ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ . [النجم : ٣٩] ، ﴿ من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها ﴾ [فصلت : ٤٦] ، ﴿ من يعمل سوءاً يجز به ﴾ [النساء : ١٢٣] . وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » وحيث يقول لأبي رمثة وابنه : « إنه لا ينجى عليك ولا تجنى عليه » .

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقاً دقيقاً في الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناء واحد ، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجاني في شبه العمد والخطأ ، وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة ، أى نفس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة ؛ لأن تطبيق هذا المبدأ على دية شبه العمد والخطأ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش ^(١) .

ومن الفقهاء من لا يعتبر تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة حيث يرى أنه ليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني ، إنما الدية على القاتل . وأمر هؤلاء بالدخول معه في تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنائته ، وقد أوجب الله في أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه ، بل على وجه المواساة ، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك ، وأمر ببر الوالدين ، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة وإصلاح ذات البين ، فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه ، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم وأربعة مؤجلة ثلاث سنين . فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق ، وقد كان تحمل الديات مشهوراً في العرب قبل الإسلام ، وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « بعثت لأتمم مكارم

الأخلاق» فهذا فعل مستحسن في القول مقبول في الأخلاق والعادات^(١) . وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره ، ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن ، والمتبع لنصوصها يجد خروجاً على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، فالقانون المصري مثلاً يعتبر من اشترك في تجمهر وهو عالم بالفرض منه مسئولاً عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الفرض المقصود من التجمهر ، كذلك يعتبر مدبري التجمهر مسئولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين ، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها .

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصري من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب في الجريدة ولو كان غائباً ، وفي تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التي تقع ضد المواد ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ من لأئحة العاهرات ، وفي تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التي يرتكبها الغير في هذه المحلات ، وفي اعتبار الأب أو ولي الأمر مسئولاً عن جريمة الصغير الذي حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية في خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصري .

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من المعاقب لا على فعل غيره فإنه من الواضح الذي لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانوناً ، وأنه يعتبر قائماً بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأي وسيلة من وسائل الاشتراك .

ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسؤولية قبل الثورة

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص ج ٢ ص ٢٢٤ .

الفرنسية كما تطبقه اليوم ، وإنما كانت تعتبر المرء مسئولاً عن عمله وعن عمل غيره ولولم يكن عالمًا بعمل هذا الغير ولولم يكن له سلطان عليه ، وكانت العقوبة تتعدى الجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البراء من جنائته .

وإذا كانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيراً بمبدأ شخصية المسؤولية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل في تطبيق هذا المبدأ إلى الحد الذي وصلت إليه الشريعة وأن دائرة تطبيقه في القانون أضيق من دائرة تطبيقه في الشريعة .

٢٨٢ — المعنى عليه : الجنى عليه هو من وقعت الجنابة ^(١) على نفسه ، أو على ماله ، أو على حق من حقوقه . ولا تستلزم الشريعة أن يكون الجنى عليه مختاراً مدركاً كما استلزمت هذين الشرطين في الجاني ؛ لأن الجاني مسئول عن الجنائية مأخوذ بها ؛ ولأن المسؤولية مترتبة على عصيان أمر الشارع ^(٢) ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار ، أما الجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه ، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجاني ، وصاحب الحق

(١) معنى الجنابة في الشريعة هو الجريمة أي كانت بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة .

(٢) الأوامر التي يعاقب على عصيانها إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحاكم ، فإذا كان الأمر هو الله فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين نفاذه ، أما إذا كان الأمر الرسول أو ولي الأمر فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولي الأمر ، وإنما يجب الأمر ؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر في قوله : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » فأمر الرسول وولي الأمر يجب بإيجاب الله ، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولي الأمر مخالفاً لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولا يجب طاعته . راجع المستصفى للغزالي الجزء الأول ص ٨٣ ، وشرح مسلم الثبوت لعبدالمولى الأنصارى ص ٢٥ وما بعدها .

لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار ، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلاً لا اكتساب الحقوق .

والحقوق التي تنشأ عن الجرائم على نوعين ^(١) حقوق لله تعالى ^(٢) وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها وأما النوع الثاني فينشأ عن الجرائم التي تمس الأفراد وحقوقهم ، وعلى هذا يصح أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز عاقلاً أو مجنوناً ، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى ، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زناً أو ردة .

كما يصح أن يكون المجنى عليه شخصاً طبيعياً يصح أن يكون شخصاً منوياً كأن يسرق الجاني مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً أو مالا في صورة الجماد أو عقيدة من العقائد فالجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التي تعتق العقيدة .

وظاهر مما سبق أن المجنى عليه في كل الصور والأحوال هو الإنسان ، إما باعتباره فرداً وإما باعتباره منتمياً لهيئة .

وتعتبر الشريعة الإنسان مجنياً عليه ولو لم ينفصل عن أمه ، فمن أحدث جائفة ^(٣) بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين حيث أجاف الأم وأسقط الجنين ، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش ^(٤) الجائفة ودية

(١) راجع الفقرة ٧٤ .

(٢) راجع الفقرة ١٧٥ .

(٣) الجائفة هي الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .

(٤) أرلثن هو بعض الدية .

الجنين^(١)، وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين^(٢) .

ويعرف البعض الجنين في هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ، ويرى البعض أن الجنين هو ما استبان خلقته ، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه^(٣) .

والقاعدة في الشريعة أن الإنسان تنهى شخصيته بموته فإذا مات أصبح لا وجود له ، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيهِ وورثته وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هي محل الجريمة فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلاً للجريمة إلا في حالتين : —

١ — الاعتداء على رفات الأموات : — لا يعتبر الاعتداء على حدث الميت أو رفاتهِ جريمة واقعة على الميت باعتباره إنساناً ، ولا يعتبر الميت هو المجنى عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم ، فالجنى عليه في الجريمة هو الجماعة والشريعة تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر .

٢ — قذف الأموات : — من القواعد الأولية في الشريعة أن الدعوى لانقاص على القاذف إلا إذا تقدم المقذوف بالشكوى ؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته ، ولأن للجاني الحق في أن يثبت وقائع القذف ، فإذا أثبتتها أصبح المقذوف مسئولاً عن الجريمة التي قذف بها ووجب عليه عقوبتها ، ولهذا علق رفع الدعوى على شكوى المقذوف فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها . وإذا كان المقذوف حياً وقت القذف فله وحده حق الخصومة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥ — أسنى المطالب ج ١ ص ٨٩ — المغني ج ٩ ص ٥٣٥ ، ٥٤٢ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٢ — المغني ج ٩ ص ٨٧ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ .

فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصباته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا كان المَقْذُوف قد مات قبل العلم بالقذف ، أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعي وأحمد ، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأنه يرى أن حق الخاصمة في دعوى القذف ليس حقاً مالياً حتى يورث . وإذا كان المَقْذُوف ميتاً فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع ، وحجتهم في ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحياء ، وأنهم قدح في نسبهم فكأن القاذف قذفهم معنى ، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم . ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم ، ولهذا قصر حق الخاصمة عليهم ، ويرى البعض أن العار يلحق كل الورثة ، وأصحاب هذا الرأي يبيحون للورثة جميعاً حق الخاصمة . وعلى كل حال فن له حق الخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت ، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١) .

وإذا كان الفقهاء يعللون الخاصمة بأنها لدفع العار على الخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته ، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ، ودفع العار عنهم لا عنه ، خصوصاً وإن القذف يتعدى دائماً المَقْذُوف إلى غيره ، إذ القذف في الشريعة معناه نفى النسب عن المَقْذُوف أو نسبة الزنا إليه ، فالمَقْذُوف سواء كان رجلاً أو امرأة إذا نفى عنه نسبه تعداه نفى النسب إلى أصوله وفروعه وورثته ، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها .

٢٨٣ - الشريعة والقانون: تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ - الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

فيما قلناه عن الجنى عليه فيصح فيها أن يكون الجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلاً أو مجنوناً ، ويصح أن يكون إنساناً طبيعياً أو معنوياً ، وفرداً أو جماعة ، كما أن القوانين الوضعية تحمى الجنين قبل أن ينفصل عن أمه ، فتعاقب على الإجهاض^(١) سواء حدث من الأم أو من غيرها ، وتحمى جدث الميت ورفاته ، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور^(٢) . وهي في ذلك تتفق مع الشريعة .

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات^(٣) ، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تمدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقتول أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقتول أو ورثته كما هو الحال في القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشرط لرفع الدعوى شكوى المقتول كما هو الحال في القانون الفرنسى ، فإذا مات الجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقتول وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة ، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائماً أسرة المقتول وأهله ، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم ؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال في الشريعة ، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً

(١) راجع المواد ٢٦٠ — ٢٦٤ من قانون العقوبات المصرى .

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصرى .

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤ ، ٥٥٥ — القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ١٥٣ وما بعدها .

شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨ .

(٢٦ — التشريع الجنائى الإسلامى)

كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره . ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً في القوانين لا يمس ورثة المقتذوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنى للمقتذوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ، ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقتذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف ، أما تعليق الدعوى على شكوى المقتذوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسي يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصري لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

المبحث الثالث

سبب المسؤولية ودرجاتها

٢٨٤ - سبب المسؤولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه ، وربط وجود المسبب بوجوده ، وعدمه بعدمه ، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه^(١) .

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعي على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم^(٢) .

وسبب المسؤولية الجنائية هو ارتكاب المعاصي ، أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة وترك الواجبات التي أوجبها ، وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصي سبباً للمسؤولية الجنائية إلا أنه جعل وجود المسؤولية الشرعي موقوفاً على توفر شرطين لا يفتي أحدهما عن الآخر وهما : الإدراك والاختيار ، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسؤولية الجنائية ، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسؤولية ، فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لها ،

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ .

فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية ، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطاً للمسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمنون مثلاً فلا مسئولية عليه ، وإن كان مدركاً ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضاً .

وإذا وجد سبب المسئولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطها ، وهما الإدراك والاختيار واعتبر الجاني عاصياً ، وكان فعله عاصياً أى خروجا على ما أمر به الشارع ، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية . أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر في الفاعل شرطاً للمسئولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عاصياً ، وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه .

والعصيان في الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة *La Faute* في تعبير القوانين الوضعية ، ولكن التعبير بالعصيان أدق في دلالاته على المعنى المقصود ، وهو مخالفة أمر الشارع من التعبير بالخطأ والخطيئة ، فضلاً عن أن التعبير الأخير يؤدي إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المتعمد ، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع .

٢٨٥ - درجات المسؤولية : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعى للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعي إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان .

والأصل في هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائماً الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرئ نصيباً من نيته ، وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرئ ما نوى » والنية محلها القلب ومعناها القصد ، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه ، فمن اتوى بقلبه أن يفعل ما حرّمته الشريعة ثم فعل ما اتواه فقد قصده .

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجاني ، وإنما تنظر إلى الجناية أولاً وإلى قصد الجاني ثانياً ، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجاني^(١) .

والمعاصي التي يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لا تخرج عن نوعين : نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوي إتيانه ويقصد عصيان الشارع ، ونوع يأتيه الإنسان وينتوي إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع ، أو لا ينتوي إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه ، فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان ، والنوع الثاني هو ما يخطيء به .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا فقد فرقت في المسئولية الجنائية بين ما يتعمد الجاني إتيانه وبين ما يقع من الجاني نتيجة خطئه ، وجعلت مسئولية الجاني العائد مغلظة ومسئولية الجاني المخطيء مخففة ، وعلة التمييز على العائد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة ، وعلة التخفيف على المخطيء أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة .

وقد فرق القرآن بين العائد والمخطيء في قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ [سورة الأحزاب : ٥] وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى في قوله : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » والمقصود من عدم الجناح ومن رفع الخطأ هو تخفيف مسئولية المخطيء وعدم تسويته بالعائد ، ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية ، وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص ، وجعل عقوبة القتل الخطأ الدية والكفارة ، فغلظ مسئولية العائد وخفف مسئولية المخطيء ولم يحبسها كلية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ وما بعدها - الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها .

[سورة البقرة : ١٧٨] وقوله ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [سورة المائدة : ٤٥] وقوله ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [سورة النساء : ٩٢] .

وهكذا تنوع المسؤولية الجنائية وتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاته ، فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسؤولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته .

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصي وإما أن يخطئه به ، فهو إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ، فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ ، ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالي تكون المسؤولية الجنائية على أربع درجات ؛ لأنها تقوم على العصيان ، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة .

١ — العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجاني إتيان الفعل المحظور ، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمداً ، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدتها ، والعمد هو أجسم أنواع العصيان ، وترتب عليه الشريعة أجسم أنواع المسؤولية ، وتفرض عليه أغلب العقوبات .

وللعمد في القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء هو أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد نتيجه .

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذي يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذي يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط ، ويسمون الأول القتل العمد . ويسمون الثاني القتل شبه العمد .

٢ — شبه العمد : لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا في القتل والجناية على ما دون النفس^(١) وهو غير مجمع عليه من الأئمة ، فمالك لا يعترف به في القتل ولا فيما دون القتل . ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسمًا ثالثًا زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، فقال تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ وقال : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ وعلى أساس هذا الرأي يعرف مالك العمد في القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان ، فهو لا يشترط أن يقصد الجاني الفعل ويقصد نتيجته^(٢) .

ويتفق أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(٣) في الاعتراف بشبه العمد في القتل ولكنهم يختلفون في وجوده فيما دون النفس ، فيرى الشافعي^(٤) أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمداً ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد^(٥) . ويرى أبو حنيفة^(٦) أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأي المرجوح في مذهب أحمد^(٧)

وشبه العمد في القتل مغناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث القتل ، ولكن الفعل يؤدي للقتل ، وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن في قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وسمى شبه العمد بهذه التسمية ؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انعدام قصد الفعل .

-
- (١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدي للقتل كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك .
 (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
 (٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ — الزیلعی ج ٦ ص ٩٧ المغنی ج ٩ ص ٣٢٠ .
 (٤) الأم ج ٦ ، ٤٥ .
 (٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ .
 (٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ .
 (٧) المغنی ج ٩ ص ٤١٠ .

وشبه العمد فيما دون النفس منناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث النتيجة التي انتهى إليها الفعل .

وشبه العمد أقل جسامه من العمد ، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد . فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجاني .

٣ — الخطأ : — هو أن يأتي الجاني الفعل دون أن يقصد العصيان ولكنه يخطئ إما في فعله وإما في قصده ، فأما الخطأ في الفعل فمثله أن يرمى طائراً فيخطئه ويصيب شخصاً . وأما الخطأ في القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندي من جنود الأعداء ؛ لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندي من جنود الوطن معصوم الدم .

٤ — ما جرى مجرى الخطأ : — يلحق الفعل بالخطأ ويعتبر جارياً مجراه في حالتين : — أولاً : أن لا يقصد الجاني إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره ، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله . وثانياً : أن يتسبب الجاني في وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه كمن يحفر حفرة في الطريق لتصرف ماء مثلاً فيسقط فيها أحد المارة ليلاً .

والخطأ أكثر جسامه مما جرى مجرى الخطأ ؛ لأن الجاني في الخطأ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياظه ، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجاني لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه .

وأول من قسم الخطأ إلى خطأ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازي ، فقد رأى أن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في قصد الفاعل ، ولا ينطبق هذا على السامى والنائم والمتسبب ، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلاً فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد ، ولما كان حكم فعل السامى والنائم والمتسبب هو حكم الخطأ من

حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جاريا مجراه^(١) .

٢٨٦ - **الشريعة والقانون** : - وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسؤولية وشرطها ، فسبب المسؤولية في القانون هو ارتكاب الجرائم ، وشرط المسؤولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال في الشريعة ، ولا مسؤولية ما لم يكن الجاني مخطئا أى عاصيا ، ودرجات المسؤولية متعددة وتتنوع بحسب تنوع الخطأ^(٢) وتعدده . والخطأ في القانون على نوعين : عمد وخطأ ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط ، ويدخل تحت العمد ما يدخل في الشريعة تحت العمد وشبه العمد ، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ في الشريعة وما تجرى مجراه .

والقوانين الوضعية وإن كانت لا تعترف بشبه العمد في القتل إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت ، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد ، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل ، فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف في التسمية لا غير .

ولا شك أن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصبح منطلقا من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتفريق والتجريق والتردية والخنق ، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى للموت ، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق ؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت ، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة في القانون يقابل المصيان في الشريعة .

من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتفريق والتحرقيق والتردية والخنق ، وشرح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً .

المبحث الرابع

فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

٢٨٧ - قصد العصيان أو القصد الجنائى : بينا فيما سبق أن أساس المسؤولية الجنائية هو العصيان ، أى عصيان أمر الشارع ، وأن مسؤولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان ، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة ، فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى ، وهذا القصد هو مانسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجب ، وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان ، فالعصيان عنصر ضرورى يجب توفره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد العصيان فإلى يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها . والعصيان هو فعل المعصية أى : إتيان الفعل المحرم أو الإمتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان ، كمن يلقي حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً فى الشارع ، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره ، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره ، ولم يقصد بالتأثير فى فعل المعصية . أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم ، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقي حجراً

من نافذة بقصد إصابة شخص مار في الشارع فيصيبه ، فإنه يرتكب معصية لم يأتيها إلا وهو قاصد فعلها ويتفق هذا المثل مع المثل السابق في أن كلا من الجانبين أتى معصية حرما الشارع ، ويختلف المثلان في أن الجاني في المثل الثاني قصد إتيان المعصية بينما الجاني في المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية .

والفرقة بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة *volonté* وهي تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا وبين القصد *intention* وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى ، تلك التفرقة التي نقول بها اليوم في القوانين الوضعية ، ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى وبقصد العصيان عن تعمد نتيجة الفعل هو تمييز أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد ؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية ، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته ، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدي إلى الخلط بين المعاني السنية كما تؤدي إلى العجز عن تمييزها أحيانا .

وقصد العصيان أو القصد الجنائي قد يوجد لدى الجاني قبل اقرار الجريمة كأن ينوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمان ما ، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو في الجرائم التي تحدث بغتة بغير تدبير سابق . ويستوى في الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصراً لها ، فالعقوبة في الحالين واحدة ؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل ؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل . والقاعدة في الشريعة أن لعقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » ، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة في القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالي من سبق الإصرار والترصد ، بل تجعل العقوبة واحدة

في الحالين ، فعقوبة القتل العمد هي القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه ، وعقوبات الشجاج والجراح في حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هي نفس عقوباتها في حالة التعمد الخالي من سبق الإصرار والترصد .
والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة ، ولكنها مع ذلك تفرق في بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصد وبين عقوبة العمد الذي لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد ، وقد جرى القانون المصري على هذه التفرقة في جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة .

٢٨٨ — الفرق بين القصد والباعث : — وقد فرقت الشريعة من

يوم وجودها بين القصد والباعث . أي بين قصد العصيان وبين الدوافع التي دفعت الجاني للعصيان ، ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أي تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثأر ، أو الانتقام للعرض ، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجاني ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما .
وإذا كان من الممكن عملا أن لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة ، وأن لا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فإن هذا لا يمكن عملا في عقوبات التعازير ؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر في طبيعة الفعل المكون للجريمة ؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضي في عقوبات الحدود والقصاص ، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أي اعتبار . أما في التعازير فقد ترك الشارع للقاضي من الحرية في اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار .

فلباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات

وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فيها .
 فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها ، فإذا راعى القاضى البواعث تخفف العقوبة
 أو شدها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه ، ولا يخرج عن حدود سلطانه . أما جرائم
 الحدود والقصاص فعقوبتها مقدرة أى محددة ، وليس للقاضى أن ينقص منها
 أو يزيد فيها ، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة ،
 فسواء كان الباعث شريفاً أو وضعياً فالعقوبة لن تتغير .

وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة ، فهى لا تخلط
 أيضاً بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى ، ولا تجعل للباعث أثراً على
 تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة ، ولكن بالرغم من ذلك فإن للباعث
 من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة ، إذ للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة
 من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله فى كثير من الأحوال أن يختار
 إحدى عقوبتين ، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجانى يستحقه ،
 وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والجرم ، والبواعث التى دفعت لارتكاب
 الجريمة ، فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقاً التخفيف ، ويغلظها إن رآه
 مستحقاً التغليظ ، وبهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة . وهذه هى طريقة
 القانون الفرنسى والقانون المصرى .

على أن هناك بعض القوانين كالقانون الإيطالى والبولونى^(١) تجعل من
 الباعث ظرفاً مخففاً أو مشدداً للعقوبة ، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند
 تقدير العقوبة ، وهذه القوانين وإن كانت تعترف بأن للباعث أثراً قانونياً على
 العقوبة ، إلا أنها من الوجهة العملية لاتصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها
 القوانين التى لاتعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، لأن القاضى لا يستطيع عملاً

(١) القانون الجنائى للى بشوى ص ٣٤٠ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨ .

أن يتخلى دائماً عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها .

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالبواعث ولا تجعل له أثراً في الجرائم الخطيرة التي تمس الجماعة ونظامها، وهي جرائم الحدود والقصاص ، أما فيما عدا هذه الجرائم ، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالبواعث من الوجهة النظرية ، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضي من تقدير البواعث من الوجهة العملية ، وأكثر القوانين تهمل الكلام على البواعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية ، ولكن هذا لا يمنع القاضي من تقدير البواعث عملاً في كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء . ولا شك أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة في الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار ، ولا تسمح للقاضي بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجاني ؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء .

٢٨٩ - صور القصد : وليس للقصد صورة معينة فهو يظهر في صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم ، فقد يكون القصد عاماً ، وقد يكون خاصاً ، وقد يكون القصد معيناً أو غير معين ، وقد يكون القصد مباشراً أو غير مباشر .

٢٩٠ - القصد العام والقصد الخاص : يتوفر القصد العام كلما تعمد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً ، وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوفر القصد الجنائي العام ، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفي فيها أن يتعمد الجاني إتيان الفعل المادى مع علمه بأنه يأتى فعلاً محرماً .

وفي بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام ، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص ، كما هو الحال في جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة ، ففي جريمة القتل العمد لا يكفي أن يضرب الجاني الحنئ عليه أن يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم ، بل يجب أن يتعمد مع الضرب

أو الجرح إزهاق روح الجنى عليه ، فالشارح يوجب المحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً ، فإذا توفر القصد العام فقط ومات الجنى عليه كان الفعل قتلاً شبه عمد^(١) .
وفي جريمة السرقة لا يكفي أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم . بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال ، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة .

وفي الحالات التي يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائي بالباعث كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة ، فمن يقتل شخصاً بقصد إزالته من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة ، ولكن لا يمكن أن يقال : إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة ؛ لأننا لا ننظر إلى الباعث في حالة الاختلاط باعتباره باعثاً وإنما باعتباره قصداً خاصاً .

٢٩١ — القصد المعين والقصد غير المعين : يكون القصد معيناً إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين^(٢) .
ويعتبر الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً أو أكثر بسكين أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة ، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين ، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين .
ويعتبر الفعل معيناً ولو كانت نتائجه غير محدودة ، كلما أناه الجانى وهو عالم

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص في جريمة القتل ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلاً عمداً كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح الجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ - الجبيري على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠

بنتائجها قاصداً تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها ، لا يبالى أيها تحقق وأيها تخلف ويعتبر الجنى عليه معيناً كلما أمكن تعيينه ، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه ، فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً ، ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها ، فقد أصاب شخصاً معيناً ؛ لأن الجماعة معينة ؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً^(١).

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين ، ويعتبر الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة ، فإذا أطلق الجانى كلباً عموراً ليعقر من يقابله ، أو حفر بئراً فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق ، كان الجنى عليه غير معين ، ويشترط ليكون القصد غير معين أن لا يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين ، فإن قصده بالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص ، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى^(٢).

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بمسألة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين ، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله ، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلاً وكان القصد غير معين ، فيرى بعض الشافعية أن الجانى لا يسأل باعتباره قاتلاً متعمداً إذا قصد قتل غير معين ، وإنما يسأل عن الفعل باعتباره قتلاً شبه عمد مادام الشخص الذى قصد بالجريمة منهما غير معين^(٣) . ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب . ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين ، ويحملون

(١) تحفة المحتاج ج الرابع ص ٢ ، ٣ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢ ، ٣ - شرح الحرشى ج ٨ ص ٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ .

القاتل مسئولاً عن القتل العمد ، أما في حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلاً عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين ، فإن قصد غير معين فلا يسأل باعتباره قاتلاً متعمداً ، وإنما يسأل عن القتل الخطأ^(١) .

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح الجنى عليه ، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلاً يؤدي للقتل ، وقصد به شخصاً معيناً ، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك ، ولكنه لم يقصد إزهاق روح الجنى عليه الذى لا يعرفه ولا يدري من يكون ، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبههم إليه ، فالجانى لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان ، والجانى يؤخذ في القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القاتل مع إنه لا يمكن أن يقال في حالة القصد غير المعين: إن الجانى قصد إزهاق روح القاتل بالذات ، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القاتل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت ، وهذا الفعل وكيف شرعاً بأنه قتل شبه عمد^(٢) .

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق ، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن الجنى عليه في حالة القتل المباشر يكون في الغالب معيناً ؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة ، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه ، وإذا تمكن منه فقد أصبح معيناً لديه ، بعكس الحال في القتل بالتسبب ، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة ، وهو في أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لديه .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح للدردير ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع اعتبار الفعل قتلاً عمداً إذا قلنا : إن هناك شبهة في صحة القصد أو في جديته ، لأن الحدود تدرك بالشبهات ، وترتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل شبه عمد .

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهـم بعض الشافعية فإنهم لا يفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين في القتل وغير القتل ، فالجاني سواء قصد بالفعل شخصاً معيناً أو قصد شخصاً غير معين فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التي قصدها^(١).

ويلاحظ أن تقسيم القصد في الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد في القانون إلى محدود وغير محدود ، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين في القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى ، حيث لا يفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود ؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة .

ونصوص القانون المصرى والفرنسى لا تفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً ، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه : « هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية ، غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معقباً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » .

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية ، التى تعتبر الجانى مخطئاً لا عامداً ، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصداً صحيحاً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ - المذهب ج ٢ ص ١٨٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣ - الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ - المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها .

(٢٧ - التصریح الجنائى الإسلامى)

٢٩٢ - القصد المباشر والقصد غير المباشر : يعتبر القصد مباشراً سواء كان معيناً أو غير معين كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجها ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أو لا يقصد شخصاً معيناً .
ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلاً معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلاً أو لم يقدر وقوعها ، ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالي .

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحتمالي ، ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالي ، وإنما لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر ، فقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالي وقررت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها ، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب ، فالضارب والجراح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ، ولا يتوقع أن يصيب الجاني عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة ، أو لا يتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام ، ولكن الجاني مع هذا لا يسأل جنائياً عن النتائج التي قصدها فقط أو التي توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التي لم يقصدها ولم يتوقعها ، فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به ، وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت فهو مسئول عن موت الجاني عليه باعتبار الفعل قتلاً شبه عمد لا ضرباً ولا جرحاً . فالشريعة تحمل الجاني في جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها ، وتحمل الجاني هذه النتائج معناه أن الجاني يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه ، وسواء استخلصوا من أحكام

الشريعة نظرية عامة في القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصوص الشريعة ، فإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة . على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكم هذا القصد ، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافاً ظاهراً :-

٢٩٣ - الرأى الأول : هذا الرأى للمالك وهو يفرق عندما يتعرض لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة ، ويجعل الجانى فى الحالين مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل ، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعة فهو مسئول عن ذلك ، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسئوليته بقدر ما انتهى إليه فعله . والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما فى قصد الجانى وقت إتيان الفعل ، فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمداً ، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد .

ويكتفى مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان ، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح الجنى عليه^(١) ، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعة أن يقصد الجانى هذه النتيجة ، ومن ثم يعتبر الجانى قاتلاً عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته ، وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً لو رماه

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بمقوِّبة خاصة .

بمحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بمصا خفيفة ولولم يوال الضربات ، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل للموت ، ويعتبر قاتلاً عمداً من يدفع شخصاً بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدي السقطة لموته ، ولا يشترط في كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة ، ولا أن يقصد الجاني إزهاق روح المجنى عليه^(١) . ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقاً عينه أو أذهب بصره فهو مسئول عن نتيجة فعله ولولم يقصدها أو يتوقعها^(٢) .

وإذا كان الجارح أو الضارب الذي لم يقصد إلا مجرد العدوان مسئولاً عن كل نتائج فعله فعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده الم عين الحد ، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بتعبيرنا العصري يؤخذ بقصده المحتمل .
فخلاصة رأى مالك أن الجاني مسئول عن كل نتائج فعله المقصود ، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها .

وقد كان مالك في رأيه هذا منطقياً مع نفسه ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ ولأنه جعل القتل نوعين لاثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراط نية خاصة في القتل العمد ليميزه عن غيره .

٢٩٤ - الرأى الثانى : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضاً بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجرائم غير المتعمدة ، ويجعلون الجاني فى الحالين مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، وأساس الفرق بين الجرائم

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩ .

المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجاني ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد في القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دون النفس^(١) ، فيشترطون في القتل العمد أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه ، فإن توفر هذان القصدان فالجاني قاتل متعمد ، وإن توفر الأول دون الثاني فالقصد قتل شبه عمد . وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان أى : تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محذور ، فإذا توفر هذا القصد فالجاني مسئول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها ، أو بعيدة ينذر وقوعها ، فمن ضرب شخصا بقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب ، ومن لطم شخصا ففقا عينه أو أذهب بصره ، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل^(٢) وهكذا .

وأصحاب هذا الرأي يتفقون مع مالك ويخالفونه ، فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القتل حيث يأخذون الجاني بقصده المحتمل ، ويحملونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد ، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها ، ويخالفون مالكاً في القتل العمد ، حيث لا يرون أخذ الجاني بقصده المحتمل في القتل العمد ، ويشترطون

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على ما دون النفس ، فالجناية على النفس هي الجريمة التي تؤدي للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة ، والجناية على ما دون النفس يعبر بها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودى بجيانه ، وهو تعبير دقيق يتسم لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورها ، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والصبر والضغط وقس الشعر ونفثه وغير ذلك . ويعبر القانون المصري عن نفس المعنى بلفظي الجرح والضرب فقط وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ - المغني ج ٩ ص ٤١٠ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ .

لاعتباره قاتلاً عمداً أن يقصد إزهاق روح القتيل ، بينما يؤخذ الجاني عند مالك بقصده المحتمل في القتل العمد وغيره ، وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنواع حداً يميزه عن غيره ، فاشتروا في القتل العمد أن يقصد الجاني إزهاق روح القتيل ، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذي يكفي فيه أن يقصد الجاني الفعل القاتل ، فإذا قصد الجاني الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل متعمد ، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد ، بينما هو في الحالين قاتل متعمد في رأى مالك .

٢٩٥ - الرأى الثالث : - وهو رأى الشافعى والرأى الراجح في مذهب أحمد ، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضاً بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ، ويجعلون الجاني مسئولاً في الحالين عن نتائج فعله ، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجاني ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرقون في جرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويجعلون القاتل مسئولاً عن القتل العمد كما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه ويجعلونه مسئولاً عن القتل شبه العمد ، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، ولو كان لا يؤدي غالباً للموت . فلا مجال للقصد المحتمل في دائرة القتل العمد ، وفي هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق .

أما في جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجاني باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التي قصدها ، ومسئوليته عن كل النتائج التي يؤدي إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها ؛ لأن تأدية الفعل غالباً لهذه النتائج يجعلها في حكم النتائج المقصودة ، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها

الجاني ، ولا يؤدي إليها فعله غالبا ، فلا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره متعمدا لها ؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدي فعله غالبا إليها ، كذلك لا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره مخطئا ؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجها . وإنما يسأل الجاني عن نتائج الفعل باعتباره شبه عامد ، وشبه العمد درجة بين العمد والخطأ ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطأ — والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطأ ؛ لأن الجاني يعتمد الفعل ولا يقصد نتائجه ؛ ولأن نتائج الفعل في شبه العمد ليست مما يؤدي لها الفعل غالبا ، فالجاني يعتمد الفعل ويخطئ في نتائجه ، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ . فمن ضعف شخصا على وجهه ففقأ عينه وأذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة ، لا يسأل عن فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته ؛ ولأن الصفح لا يؤدي غالبا لهذه النتيجة . كذلك لا يسأل الجاني باعتباره مخطئا لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل الجاني باعتباره شبه عامد ، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطئ . ومن أدخل إصبعه في عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها ، يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته ، أو لأن الفعل يؤدي غالبا لهذه النتيجة . ومن رمى إنسانا بحجر فأوضعه أو هشمه ^(١) . يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل ؛ ولأن فعله يؤدي غالبا لهذه النتيجة ومن رمى غيره بحصاة صغيرة في جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة باعتباره متعمدا إذا لم يكن قصدها ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالبا لها ، وإنما يسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد ^(٢) .

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج . والشجاج هي الجراح التي تصيب الرأس والوجه .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ - الأم ج ٦ ص ٤٠ - الإقناع ج ٤ ص ١٨٦ -

المفاتيح ج ٩ ص ٤١٠ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٨ .

٢٩٦ - مقارنة بين الرأى المتصور : - والقصد الاحتمالى لا وجود له فى جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل .
والأصل فى هذا الخلاف أن مالك يقسم القتل إلى عمد وخطأ فقط ، فكل ما ليس خطأ فهو عمد عند مالك ، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان ، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطأ . أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، ويشترطون فى العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المحنى عليه ، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عمد لا متعمد ، وعليه عقوبة تثل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ . وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المحنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد .

ويسلم الفقهاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضرب وما أشبه ، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصد المحتمل فى كل الأحوال مادام قد تعمد الفعل ، ويظاهرها على ذلك الرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويتفق الشافعى مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامدا ، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالى فىسأل باعتباره عامدا كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة ، وتعتبر النتائج كذلك إذا كانت غالبية الوقوع ، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبية الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة ، ولكن لا يسأل عنها الجانى باعتباره مخطئا ؛ لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل عنها باعتباره شبه عامد ، ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ .

٢٩٧ - بين الشريعة والقانون : - الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب ، والأحكام التى

وضعت لهذه الجرائم هي التي بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة .

وأكثر القوانين الوضعية لاتضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هي جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أو جرح ، فقانون العقوبات المصرى مثلاً يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الجرح والضرب (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات) وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف (المادة ١٢٦ عقوبات) وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات) وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً فى الأماكن المحرقة ، (المادة ٢٥٧ عقوبات) وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا شأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل ، أو فقد منقته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥ ، ٢٨٦ عقوبات) . ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندما تعرض لعقوبة الشركاء ، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن : « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت » .

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيراً ، وهى من النظريات المسلم بها علمياً المختلف فى شأنها عملياً ، فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها ، والشرح يختلفون فى تصويرها وتحديددها ، ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشراح على اختلافهم لا يخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى .

فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة ، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توفر قصد إزهاق روح القاتل ،

لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضي للموت ، وقيام هذا الشرط يؤدي إلى استبعاد القصد الاحتمالي من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجراح والضارب مسئولاً عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع .

والقانون الفرنسى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ماأخذه القانون المصرى ، فمن ضرب إنساناً بعضاً فأحدث به جرحاً أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت ، وإذا أدى الضرب لعاقة فالجاني مسئول عن إحداث عاهة ، وإذا أعجز الضرب الجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً ، كان الجاني مسئولاً عن هذه النتيجة ، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجاني مسئولاً على قدر نتيجة فعله ، والجاني يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة باعتباره عامداً لا مخطئاً .

والشرح المصريون والفرنسيون يسمون بما سبق ، باعتباره مما نص عليه القانون ، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالي فى جريمة القتل العمد ؛ لأن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالي فى القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضي للموت ، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذراً ، ولكنهم فيما عدا هذا يصوغون نظريتهم فى القصد الاحتمالي على أساس آخر ، ويجعلون الجاني مسئولاً كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، سواء توقعها الجاني بالفعل أو لم يتوقعها .

ويرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجاني على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك . والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجاني قصد الفعل دون أن يقصد نتائجها، وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجاني باعتباره مخطئاً^(١) .

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٥ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح ، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط ، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط .

أما نظرية الشراح المصريين والفرنسيين فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب رأى الراجح فى مذهب أحد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقاً ومقاييساً ؛ لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة ، وتجعل الجانى فى حكم العائد ، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يفلب وقوعها حكماً خاصاً ، وتجعل الجانى مسئولاً عنها باعتباره شبه عائد . وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعديد ولا التواء ، فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج ، وهو مقياس عادل ؛ لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائماً فى ذهن الجانى ، ولاتكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى ، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصد لها ، وهو مقياس ثابت ؛ لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج ، ولا يقوم على أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج . أما الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة ، وقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة ، إذ يجعلون الجانى مسئولاً عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، واشترط قرب النتائج ليس مقياساً صحيحاً ولا أساساً ثابتاً مادامت «درجة القرب لم تحدد بحد ثابت ، واحتمال وقوع النتائج ليس أساساً ثابتاً ولا مقياساً صحيحاً ، ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج ، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة ، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر . وما يراه شخص محتملاً قد يراه الآخر غير محتمل . ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى باعتباره عامداً كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجه ، وهؤلاء الشراح

وإن جاءوا بمقياس مادي ثابت إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالي ؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هي نتائج الطبيعة التي يسأل عنها الجاني على أنه قصد العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالي .

والقانون الإنجليزي لا يشترط في القتل العمد توفر إرادة القتل عند القاتل ، بل يعتبر محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت ، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها ، وبهذا الرأي أخذ القانون السوداني ، إذ يعتبر القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبیب الموت ، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل ، أو لأى ضرر جسدی كان القصد أن يسببه الفعل ^(١) .

فالقانون الإنجليزي والقانون السوداني يأخذان الجاني في القتل العمد بقصده المحتمل ، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التي تأخذ الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد وغيره ، كلما تمثل الجاني أو توقع النتيجة أو النتائج التي وقعت ولو لم يقصدها بالذات .

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزي والقانون السوداني مع مذهب مالك في مؤاخذه الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد ، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية ، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزي أو السوداني ؛ إذ الجاني لا يؤخذ بقصده الاحتمالي عند الألمان ، ولا طبقا للقانونين الإنجليزي والسوداني إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدي الموت ، وأما في مذهب مالك فالجاني يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه ، فمثلا إذا لطم الجاني شخصا صحيح الجسم بقصد العدوان

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٢٦ .

ودون أن يقصد الجاني القتل أو يخطر في باله أن فعله قد يؤدي للموت ، فمات الجنى عليه من اللطمة ، فالجاني قاتل متعمد عند مالك^(١) ، وليس قاتلاً متعمداً طبقاً للنظرية الألمانية أو طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني .

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التي وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجليزي والسوداني هي مقاييس شخصية غير ثابتة ، فالجاني طبقاً للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة ، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجاني ، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع والجاني طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني يجب أن يعلم أو أن يكون في استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدي للموت . والعلم أيضاً مسألة داخلية ، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجاني ، وما قد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه شخص آخر ، ومن ثم فليس في الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم .

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصاً عامة للقصد الاحتمالي ، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء للإسلاميون ، فالقانون المكسيكي الصادر في سنة ١٩٣١ يجعل الجاني مسئولاً باعتباره عامداً عن كل النتائج التي لم يقصدها ، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية ، أو كان الجاني قد توقع حدوثها ، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة ، وهذا الذي أخذ به القانون المكسيكي إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية . والقانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠ يجعل الجاني مسئولاً عن النتائج التي لم يقصدها ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العامد

(١) كان القضاء الفرنسي يطبق مذهب مالك في القتل حتى سنة ١٨٣٢ حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل .

وأكثر من عقوبة الخطيء ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد .

تلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى ، وهذه هى نظريات شراح القوانين ، وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة ، وأن الشراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة ، فالشريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون النفس ، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة ، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لا تزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين .

المبحث الرابع

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية

٢٩٨ - أثر الجهل على المسؤولية الجنائية : من المبادئ الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتجريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية :

ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فتى بلغ الإنسان عاقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ولهذا يقول الفقهاء : « لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » .

ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقيق العلم فعلاً ، ومن ثم يعتبر النص المحرم معلوماً للكافة ولو أن أغلبهم لم يطالع عليه أو يعلم عنه شيئاً

مادام العلم به كان ممكناً لهم . ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الحرج و يفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه و يعطل تنفيذ النصوص .
 هذه هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بالجهل الأحكام بمن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين ، أو بمن أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء في الواقع وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي تمنع مؤاخذه من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له ، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ، ولا يعتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما إذا كان مدعى الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

ويلحق بالجهل بمعنى النصوص الحقيقي بالجهل بذات النصوص ، فحكمهما واحد ، فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم ، فإن جهله بالمعنى الحقيقي للنصوص لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية وهذا هو الخطأ في التفسير كما نسميه اليوم في لغتنا القانونية . ومن الأمثلة المشهورة في الشريعة على الخطأ في التفسير ، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر في الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى : (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) [المائدة : ٩٣] فأقيم عليهم حد الخمر .

وتتفق القوانين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسؤولية الجنائية ، فالقاعدة في القوانين الوضعية أن الإنسان لا يعذر بجهل القانون ، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ في فهمه وتفسيره ، ولكن إذا كان الإنسان في ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون فله أن يحتج بالجهل ، ويضربون لذلك مثلاً حالة المحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم ، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون .

٢٩٩ - أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية : الخطأ هو وقوع الشيء على غير

إرادة فاعله . فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريد ، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده ، وفي بعض الأحيان يقصد الجاني فعلاً معيناً ليس جريمة في ذاته ، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يعتبر جريمة دون أن يقصد الجاني ما تولد عن فعله . وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجاني قصد الفعل المباح ؛ لأنه قصد بفعله محلاً غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة . ومثال ذلك أن يتمضمض ضائم فيسرى الماء إلى حلقه ، أو يرمى صائد طيراً فيصيب إنساناً ، فالضائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتهمضم ولم يقصد إدخاله إلى حلقه ليفطر فهو قد قصد فعلاً مباحاً ، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته . والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة الجنى عليه ، فهو قد قصد فعلاً مباحاً ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة الجنى عليه ، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان .

والخطىء كالعائد مسئول جنائياً كلما وقع منه فعل يجرمه الشارع ، ولكن سبب مسئوليتهم مختلف ، فمسئولية العائد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان ما حرمه أو ترك ما أوجبه ، ومسئولية الخطىء سببها أنه عصى الشارع لاعتقاده قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط^(١) .

٣٠٠ - المسؤولية عن الخطأ استثناء : والأصل في الشريعة أن المسؤولية

الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطأ ، لقوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾

(١) أصول الفقه للخضرى ص ١٣١ .

الأحزاب : ٥] ولقول الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل^(١) ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله .. الخ ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد ، والاستثناء هو العقاب على الخطأ ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامداً ، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئاً ، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لن أتاها مخطئاً ؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ في آن واحد . فمن زنا عامداً عوقب بعقوبة الزنا ، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ والجريمة عمدية . ومن سرق عامداً عوقب بعقوبة السرقة ، ولكن من أخذ مال غيره سهواً أو خطأ مع مال له ، لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية . ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب ، ولكن من شربها بظنهاماء لا عقاب عليه ؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية . وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجاني عامداً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئاً فلا عقاب عليه ، ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعد مبرراً من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة ، على أن انتفاء المسؤولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسؤولية الفاعل مسؤولية مدنية ، إذ القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ، وأن الأعداء الشرعية لاتنافي عصمة الحل ، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها بحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها ؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو من حد أو

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ وما بعدهما ص ١٥٤ وما بعدهما .

مهر ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله ، ثم تصرف فيه لايعتبر سارقاً لانعدام القصد الجنائي ، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه .

أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ . كالقتل والجرح ، فإن العائد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد ، بينما يعاقب الخطيء بالعقوبة المقررة للخطأ ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العائد وعقوبة الخطيء ، فيعاقب عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثاني^(١)

ويلاحظ أن الصالح العام هو الذي اقتضى العقاب على الخطأ ، فهناك من جرائم الخطأ ماله خطورته ويسكثر وقوعه ، كالقتل والجرح خطأ ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط ، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطأ التي يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها ؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على الثبوت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم .

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة واعتبرت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ ، ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة ، أما الجرائم التي يجرمها أولو الأمر فلمهم فيها أن يعاقبوا على العمد والخطأ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية ، وهي أن العقاب على العمد هو الأصل ، وأن العقاب على الخطأ هو الاستثناء ، وأن العقاب على الخطأ لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة^(٢) .

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

(٢) لا يميز المعزلة العقاب على الخطأ إلا مانس عليه ، وحجتهم أن المؤاخذه تكون بالجناية ، والجناية لا تكون إلا بالقصد ، والخطأ لا قصد فيه فلا جناية فيه ولا مؤاخذه عليه ، ولكن الجمهور يرى أن في الخطأ عدم الثبوت والاحتياط الواجبين ، فمن تسبب خطأ أو باشره ، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته ، راجع فواتح الرحموت لعبد العلي الأنصاري ج ١ ص ١٦٦ .

٣٠١ - أنواع الخطأ : - الخطأ في الشريعة على نوعين : خطأ متولد ، وخطأ غير متولد .

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاها الفاعل وهو يعتقد أنه مباح ، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا ، وكمن يرمى جنديا في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن . وإما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها .

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد ، وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع من الخطيء مباشرة دون واسطة ، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، وإما أن يكون خطأ بالتسبب ، وهو ما يتسبب فيه الخطيء دون أن يقع منه مباشرة ، كما لو حفر شخص بئرا في الطريق العام دون إذن ولي الأمر فوقع فيها أحد المارة ، وكما لو وضع شخص أحجارا في الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب .

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد ، ويسميه بعضهم الخطأ المحض ، أما الخطأ المباشر غير المتولد ، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد ، فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطأ^(١) ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صورته المختلفة ويسمونها جميعا خطأ .

٣٠٢ - أساس الخطأ : أساس الخطأ في الشريعة هو في الأصل عدم التثبت والاحتياط ، واسكن لا يشترط مع هذا المسؤولية الخطيئة أن يقع منه تقصير في كل الأحوال ، وإنما يشترط وقوع التقصير في الخطأ المتولد ، أما فيما عداه فالتقصير

مفترض شرعاً في الجاني ولا يعنى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألقى إليه إلقاء .
ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ ، وبتطبيقهما نستطيع أن
نقول : إن شخصاً ما ، أخطأ أو لم يخطئ^(١) :

القاعدة الأولى : إذا أتى الجاني فعلاً مباحاً أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه
ماليس مباحاً فهو مسئول عنه جنائياً ، سواء باشره أو تسبب فيه ، إذا ثبت أنه
كان يمكنه التحرز منه ، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية

القاعدة الثانية : - إذا كان الفعل غير مباح فأثام الجاني أو تسبب فيه دون
ضرورة ملجئة ، فهو تعد من غير ضرورة ، وماتج عنه يسأل الجاني جنائياً
سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه .

٣٠٣ - نوع من الخطأ عند مالك : - ويعتبر مالك من الخطأ الأفعال
التي يأتيها الجاني بقصد التأديب أو التعب إذا أدت لموت الجنى عليه أو جرحه ،
وقد أخذ بهذا الرأي نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد ؛ لأن القتل عنده ليس إلا
عمداً أو خطأ ، والعمد ما قصد فيه الجاني العدوان ، والخطأ هو ما عدا ذلك ، ومن
يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوفر لديه قصد العدوان بحسب رأى
مالك ومن ثم اعتبر فعله خطأ لا عمداً .

٣٠٤ - الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية : - يراد بالخطأ في الشخص
أن يقصد الجاني قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ في الشخصية أن
يقصد الجاني قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ في الشخص
والخطأ في الشخصية نوعان من الخطأ المتولد ، فالخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل ،
فمن يرمى شخصاً معيناً فيخطئه ويصيب غيره فقد أخطأ في فعله ، والخطأ الذي
وقع فيه متولد عن فعله الذي قصده . أما الخطأ في الشخصية فهو خطأ في ظن

(١) بدائع الصنائع - ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

الفاعل وقصده ، فمن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمرأ فقد أخطأ في قصده ، والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحاً وقصده .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطأ فى الشخص والشخصية ، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره متعمداً ، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره مخطئاً .

فأما القائلون بأن الجانى يعتبر عامداً فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً أو غير محرم ، فإن كان الفعل المقصود أصلاً محرماً فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئاً ؛ لأنه تسد فى الأصل فعلاً محرماً فهو جان متعمد ، فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمرأ يعتبر قاتلاً عمداً لعمره ، ومن قتل عمرأ حاسباً أنه زيد يعتبر قاتلاً عمداً لعمره . أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرم فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون له أثره على مسئولية الجانى ؛ لأنه قصد فعلاً مباحاً فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جان مخطئ لا متعمد ، فمن رمى صيداً أو غرضاً فأخطأه وقتل آدمياً يعتبر قاتلاً خطأ ، ومن رمى حربياً أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلاً خطأ ، ومن قتل عمرأ وهو يحسبه زيداً المهدر الدم يعتبر أيضاً قاتلاً خطأ^(١) .

وأما القائلون بأن الجانى يعتبر مخطئاً فهم فقهاء مذهبي أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره ، أو أخطأ فى ظنه ، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده ، فإن الجانى يكون مسئولاً عن القتل أو الجرح الخطأ فقط ، سواء كان الفعل

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - ٢٤٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

الغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

الذى قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب ، ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل^(١).

ويفرق بعض الفقهاء بين مذهب مالك بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية ، ويرون أن الجانى يسأل باعتباره مخطئاً فى حالة الخطأ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ، أما فى حالة الخطأ فى الشخصية فيسأل الجانى باعتباره عامداً كلما كان الفعل الذى قصده أصلاً محرماً .

ورأى القائلين باعتبار الجانى عامداً إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً ، يتفق مع رأى شراح القانون المصرى ، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين ، ورأى القائلين باعتبار الجانى مخطئاً فى كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية ، أما القائلون بالفرقة بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين^(٢).

٣٠٥ - أثر النسيان على المسؤولية : — النسيان هو عدم استحضار الشيء فى وقت الحاجة إليه . وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ فى قوله تعالى : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وفى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان ، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات ، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه ولا عقاب ، لكن الناسى إذا أعفى من المسؤولية الجنائية فإنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ - الإقناع ج ٤ ص ١٦٨ - المفتى ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٦ ومابعدهما ، القانون الجنائى لملى بدوى ص ٣٥٦ .

لا يعفى من المسؤولية المدنية ؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المحل^(١)، وطبقاً لهذا الرأي لا يعاقب الناسي إذا ارتكب فعلاً محرماً مادام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم، ولكن النسيان لا يسقط الواجبات بل على الناسي إثباتها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة. ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمواخذة في الآخرة ؛ لأن العقوبة الأخروية تنقضى على القصد ولا قصد للناسي . أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معقياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، فإنه يعتبر عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل ، وأن لا يكون هناك ما يذكر الناسي بما نساه . ويضربون مثلاً لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم . أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فالنسيان لا يعتبر فيها عذراً بأى حال^(٢).

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وما أشبهه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التي يعتبر النسيان فيها عذراً يندر وقوعها ؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر في ذاته ؛ ولأن الجريمة التي تنسى يجب أن يندفع إليها الناسي بدوافع طبيعية كما يجب أن لا يكون هناك ما يذكره بالتحريم . ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسياً، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهي في العدة ناسياً .

وسواء أخذ بهذا الرأي أو بالرأى السابق فإن ادعاء النسيان وحده لا يعفى من العقاب ، وإنما يجب قبل كل شيء أن يثبت الجاني أنه ارتكب الجريمة ناسياً

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤٠ — المستصفي للغزالي ج ١ ص ٨٤ — الإحكام في أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ٢١٧ — الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص ١١٩ — مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٧٤ — الأشباه والنظائر ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان في الجرائم مبحثاً قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسياً. والنسيان عند أصحاب الرأي الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسى، وعليه أن يفعله كما أن النسيان يعتبر شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسى، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير، فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسؤولية الجنائية

٣٠٦ — أثر الرضا على المسؤولية الجنائية: — الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضا المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلاً، فإن الركن الأساسى فى الجريمة هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحاً لا جريمة.

وهذه القاعدة العامة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً؛ لأن الرضا لا يهدم ركناً من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن المجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجنائية على النفس ومادون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أو لو الأمر، أى من لهم حق التشريع.

وقد أدى وجود القاعدتين معاً إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قاعدة ، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح ، ولهذا سنتكلم أولاً عن الرضاء بالقتل ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح .

٣٠٧ - الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلاً عمداً ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجانى ، وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرأوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى ، ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص ، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة ^(١) .

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، ولو أبرأ الجنى عليه الجانى من دمه مقدماً ؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلاً عمداً ، وبعض أصحاب هذا رأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة ، والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلاً من القصاص .

أما رأى المرجوح فى مذهب مالك - وينسبه ابن عرفة لسحنون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط عقوبة القصاص والدية معاً ، وإن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

كان لا يمنع من التعزير ، ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى العتبية^(١) أنه يدرأ القصاص عن الجانى للشبهة ويوجب الدية^(٢) .

وفى مذهب الشافعى رأيان : أولها - أن الإذن فى القتل يسقط عقوبتى القصاص والدية ولا يبيح الفعل . وثانيهما - أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى فى الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية ، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى فى الإذن شبهة^(٣) .

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة عن الجانى ؛ لأن من حق الجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل^(٤) ، وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول فى مذهب الشافعى .

٣٠٨ - الرضاء بالجرح والقطع : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه ، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن . ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلاً عمداً ؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ولا قطعاً ، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح

(١) اسم كتاب فى فقه مذهب مالك .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ - الشرح الكبير للدردير ج ٤

ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٤٢٨ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

أو القطع للموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير ؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل ^(١) .

ومذهب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجنى عليه مبرئاً له بعد الجرح أو القطع ، فإن لم يبرء المجنى عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعى ، أما إذا استمر المجنى عليه مبرئاً للجاني ، فإن العقوبة المقررة أصلاً وهي القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير ، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت ، فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد ^(٢) .

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب في مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجاني عن القتل العمد ، ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن ، فتكون الدية هي العقوبة ، ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه ^(٣) ، والإذن يسقط العقوبة .

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة وإن كان الإذن لا يبيح الفعل ؛ لأن للمجنى عليه الحق في إسقاط العقوبة ، وقد أسقطها بإذنه ^(٤)

٣٠٩ - أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح :

أساس الاختلاف في هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة في القتل والجرح ، والعقوبة أصلاً هي القصاص ، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٣٧١ .

محله الدية ، والمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاية الأمور تقريرها في حالة العفو .

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم في القتل ، فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً ؛ لأن الفعوى عن القتل يستدعي وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح ؛ لأنه لم يصادف محله ، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغواً ؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دائرة للقصاص .

أما في حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه ، فمن قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفواً مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً ؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ، ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلاً ؛ لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع .

ومن أسقط العقاب في الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولداً عن الجرح ، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأى العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل ، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه ، لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

٣١٠ — بين الشريعة والقانون : القاعدة العامة في القوانين أن رضاء

المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب إلا إذا كان الرضاء بعدم ركنا من أركان الجريمة ، وفي هذا تتفق القوانين مع الشريعة إلا أن القوانين الوضعية

تجعل الرضاء ركناً في بعض الجرائم التي لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئاً ، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة ، ولا يحل الفعل من عمل منافي للأخلاق خارج على المألوف ، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة ، ومثل ذلك اللواط ، وهتك العرض . وهذا لا يتفق مع مبادئ الشريعة ، كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التي ذكرناها ، إذ المفروض في الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية ، كما هو الحال في السرقة ؛ إذ أن الرضاء يعدم الجريمة ، أما الرضاء في الزنا ، فلا أثر له إطلاقاً ، والفعل في حالة الرضاء وعدمه زنا لا شك فيه ، في لسان العرف ، والعادات ، والأخلاق ، وآداب الجماعة .

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل في الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة . وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة ، لا لأن المجنى عليه أو أوليائه رضوا بالجريمة ، وإنما ؛ لأن من حقهم العفو عن العقوبة . والشريعة حين تقرر للمجنى عليه وولييه حق العفو في الجرائم التي ذكرناها لا تأتي بمبدأ غريب على القوانين ، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة ، وطبقته في الجرائم التي تمس العرض ، فالقانون المصري مثلاً يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية ، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة ، ولو كان قد حكم بها وبدىء في تنفيذها ، على أن هناك فرقاً بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة ، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة ، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط ، وهي القصاص أو الدية ، ولم ترتب على عفو سقوط حق الجماعة في العقاب بصفة مطلقة ، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجاني إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية ، فالعفو في جرائم القتل والجرح يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه في التعويض ، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغالطة ، ولكنه لا يؤدي إلى إسقاط العقاب كلية ، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقاً للقانون المصري يمنع من عقابها بأية عقوبة أخرى ، ومعنى

ذلك : أن حق العفو الذى منحه الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة ،
بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب ، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملاً إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة ، إذ القوانين الوضعية تجعل للقتل ، والجرح عادة عقوبتين ، وتترك للقاضى أن يختار إحداها ، كأنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف ، ولاشك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدنى ، وبهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية ، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية .

على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثراً على العقوبة ، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه ، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص ، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد . وما هذه المبادئ القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية .

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشرح القانون اليوم ، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه .

٣١١ — ارتحار والمسؤولية الجنائية : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار كما

تحرم القتل ، وقد جاء التحريم فى القرآن ، كما جاءت به السنة ، فإله تعالى يقول : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ والانتحار قتل نفس ، ويقول جل شأنه : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً

مخلداً فيها أبداً ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً ، ومن تردى من جبل فقتل نفسه ، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً » والانتحار قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأ وكلاهما محرم .

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر ، فلا عقوبة عليه ؛ لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الكفارة ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقاً ، ويظاهرها على هذا الرأي في مذهب أحمد . أما الشافعي فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة في ماله . ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد ما يراه الشافعي من وجوب الكفارة في قتل النفس ، ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ^(١) . والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجاني نفسه ، فمن أوجبها في مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية . ويترب على تحريم الانتحار ، أن يعاقب شريك المنتحر ؛ سواء كان الاشتراك بالتحريض ؛ أو الاتفاق ، أو العون .

وإذا لم يمت من حاول الانتحار ، عوقب على محاولته الانتحار ، وعوقب معه شركاؤه في الجريمة ، وعقوبة الجميع هي التعزير .

وطريقة الشريعة في تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك والشروع فيه ، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون الإنجليزي ، والسوداني ، والإيطالي وغيرها . أما القانون المصري ، والقانون الفرنسي ، فلا يعتبر الانتحار فيهما جريمة ؛ وكذلك لا يعتبر الاشتراك في الانتحار .

٣١٢ — إصابة الشخص نفسه: وتحرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه

نفسه بأذى عمداً أو خطأ ؛ فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك ، فإن فعل . عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية ، وإذا كان من الحرم أن يصيب

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ — المغنى

ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

الإنسان نفسه ، فإن من الحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة .
وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية ، وإن كانت بعض القوانين ،
كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين ، وفي حالات معينة .

٣١٣ - المبارزة والمسرية الجنائية :- المبارزة قتال بين شخصين قد يكون
متفقا عليه من قبل ، وقد يذهب دون سابقة اتفاق . وقد يحرص كل من المتبارزين
على قتل صاحبه ، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، ولا يشترط في
المبارزة أن تكون بسلاح معين ، فيصح أن تكون بالسيوف أو الخناجر ،
ويصح أن تكون بالأسلحة النارية ، ويصح أن تكون بالعصى ، ويصح أن
تكون بالأيدي ، والمهم في المبارزة أن يحرص كل على قتل صاحبه ، أو جرحه ،
أو إيذائه ، فإن كانت المبارزة مقصوداً بها مجرد إظهار المهارة والتفوق ، ولم يقصد
بها الإيذاء ، فهي نوع من ألعاب الفروسية التي تبيحها الشريعة ، وسنتكلم عليها
فيما بعد . أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل ، فهي محرمة شرعا ؛
لأنها ليست إلتقاء أو جرحاً أو إيذاء ، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريماً قاطعاً ،
فمن تبارز مع آخر فقتله ، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله ، وإذا جرحه وهو يقصد
قتله فأدى الجرح لموته ، فهو قاتل متعمد ، أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ، ولم
يقصد قتله ، فهو جراح عمد ، فإن أدى الجرح لموته ، فهو قاتل شبه متعمد .

ولاتبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا في الحرب ، ففي الحرب تجوز
المبارزة مع المحارب ، ويباح قتله ، وجرحه ، وإيذاؤه ؛ لأن دمه مهدر ، كذلك
تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم ؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب .
ولقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للبراز فأجاب ، وأذن لأصحابه
في البراز يوم بدر ، ويوم الخندق ، والفقهاء يبيحون البراز ، سواء دعا إليه المقاتل
ابتداءً أو كان إجابة لدعوة غيره ، ولكن أبا حنيفة ، لا يبيح للمقاتل أن يدعو

للبراز مبتدئا ؛ لأن ذلك تطاول و بغي في رأيه ، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو^(١) .

ويجب أن نفرق في المبارزة المحرمة بين حالتين . الأولى: ما إذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه ، وفي هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وقد سبق أن بينا هذه القواعد . الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه ، وفي هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجراح النصوص الخاصة بالقتل والجرح ، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة ؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح .

فالمبارزة في الشريعة تخضع للنصوص العامة التي تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدي للقتل والجرح . وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة ، ومن ذلك ما رواه أبو بكره حيث يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار » فقلت : يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال: « إنه كان حريصا على قتل صاحبه » ، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » ، ولكننا لسنا في حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة ؛ لأن النصوص العامة التي حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم .

وإذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أو جرحه فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط ، ولا ينسب للمتبارزين معا ، ولا يعتبر اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكا منهما في القتل أو الجرح قياسا على التصادم ؛ لأن القتل أو الجرح الناشئ عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا ، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما ، أما القتل والجرح في حالة البراز فناشئ عن فعل أحد

(١) الأحكام السلطانية ص ٣١ وما بعدها - واهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص ٣٥٩ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢ - المغني الجزء العاشر ص ٣٩٤ وما بعدها (٣٩ - التشريع الجنائي الإسلامي)

المبارزين وقوته ولا أثر لفعل الآخر وقوته في إحداث القتل أو الجرح . فإذا تصادمت سيارتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرحه ، فإن القوة التي أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين ، ولو لم تلتق هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح . أما في المباراة فقدرة كل مبارز وقوته هي التي ينشأ عنها فعله فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أو أطلق عليه رصاصة فأصابته ، فليس لقوة المصاب أو عملة دخل في إصابته ^(١)

وتتفق نظرية الشريعة الإسلامية في المباراة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة ، فإنها تحرم المباراة وتعاقب عليها باعتبار ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء ، ومن هذه القوانين القانون المصري والقانون الفرنسي . وهناك قوانين أخرى تحرم المباراة ولكنها تعاقب على ما ينشأ عنها بعقوبات خاصة ، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح ، ومن هذه القوانين القانون الإيطالي والقانون البولندي ^(٢)

المبحث السادس

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية

٣١٤ — الأفعال المتصلة بالجريمة : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة . فهي إما مباشرة ، وإما سبب ، وإما شرط . والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضروري للتمييز بين الجاني وغير الجاني .

(١) راجع كتاب القصص لأحمد محمد إبراهيم ص ١١٣ وما بعدها ، فإنه يعطى المثال حكم الاصطدام وهو رأى غير منطقي ، كما أنه يؤدي إلى اعتبار كل تشاجر أو اعتداء في حكم الاصطدام ، كما وقف المحني عليه موقف المدافع أو المقاوم .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والمعيد مصطفى ص ٤٦١ .

المباشرة : هى ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة ، كذبح شخص بسكين فإن الذبح يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكالحرق فإنه يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة للموت ، وكإشعال نار فى الشيء المحترق ، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو فى الوقت نفسه علة الحريق ، وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية ، فإن الأخذ يحدث السرقة وهو علة لها ، وكتناول الخمر فإنه يحدث جريمة الشرب وهو فى الوقت نفسه علة لها .

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت ، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلال الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت . وكحفر بئر فى طريق الجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات ، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته ، وإنما يحدثه بواسطة سقوط الجنى عليه فى البئر .

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة .
وللسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسى : وهو ما يولد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه سواء كان السبب معنويا أو ماديا ، كالإكراه على القتل والجرح فإنه يولد فى المكروه داعية القتل والجرح دون شك ، وكحفر بئر فى طريق الجنى عليه وتغطيتها ، حتى إذا مامر عليها سقط فيها ومات أو جرح ، فلا شك أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح ، وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه الجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه ، وكإطلاق حيوان مفترس على الجنى عليه بقصد قتله فيفتريه الحيوان ، وكأمر طفل غير مميز بقتل

شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدي إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه .

(ب) سبب شرعى: وهو ما يولد المباشرة توليدا شرعيا ، أى : أساسه النصوص الشرعية ، كشهادة الزور بالقتل والسرقة فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق ، وتنفيذ الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت والقطع ، وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع ؛ فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت أو القطع .

(ج) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيما ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف ، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر . ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها ، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات الجنى عليه محترقا ، ولكن إذا أنقذ الجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاج فانهدم المستشفى على الجنى عليه ومات تحت الأنقاض ، فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه ، وينقلب إلى سبب عرفى .

والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه ، أى ما أقره عزف الناس وقبلته عقولهم ^(١) .

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثانى ، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٠ - الوجيز للغزالي ص ١٢٢ وما بعدها - أسنى المطالب

الإلقاء في البئر لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذي حدث لولا وجود البئر ، فوجود البئر شرط للجريمة القتل التي وقعت بواسطة الإلقاء في البئر .

٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها ، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأي حال ، وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة إلا أن فاعله لم يأتيه بقصد إجرامى . ولكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ، فإذا أسقط شخص آخر في بئر حفرت للرى فمات من سقطته فلا مسئولية على حافر البئر ، لكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فخافره مسئول ، ومن يستدرج القتل لحل قتلته مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة ، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل ^(١) .

أما صاحب المباشرة والتسبب فكلالهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه ، على أن الأمر في تحديد المسئولية يدق إذا كان الجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشر والتسبب ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولاً : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به ، فإن المباشر أو التسبب يسأل عن الجريمة ، ولا عبء بسكوت الجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله في ذلك ؛ لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، وليس لسكوت الجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل في حدوث الجريمة ، ولا يمكن عقلاً أن يكون علة لها ، فن أحدث بآخر جرحاً بقصد قتله فمات من

الجرح فالفاعل مسئول عن القتل العمد ولو امتنع الجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل في علاجه .

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدي بطبيعته للجريمة وكان الدفع موثقاً به فلم يدفع الجنى عليه الفعل ، ففي هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه ؛ لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علة لها ، وإنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة الجنى عليه ، ومثل ذلك أن يلقي شخص بآخر فى ماء قليل لا يفرق ، فيبقى هذا الآخر مستلقياً فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيفرق ، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط ولا يسأل عن نتيجة الإلقاء فى الماء وهى الموت ؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء وإنما كان نتيجة بقاءه فى الماء ، على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى فى الماء مختاراً مع قدرته على الخروج منه ، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقبه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك ، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، ومن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون فى تطبيقه ، فالشافعية مثلاً يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يؤدي بطبيعته للموت ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف ، والحنابلة يرون أن من أحدث الفصد مسئول عن القتل ؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت ؛ ولأن الدفع ليس موثقاً به ^(١) .

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدي بطبيعته للجريمة والدفع سهل ، كما لو ألقى من يبحس السباحة فى ماء مغرق فلم يسمح وترك نفسه يفرق ، وكما لو ألقى شخص فى نار قليلة استطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما

خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل ؛ لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ؛ ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ؛ ولأن العادة أن لا يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء . ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام الجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل ، والخروج من النار فبقى فيها^(١) ، وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولاً جنائياً ، ولكن الفريق الأول يجعله مسئولاً عن نتيجة الفعل ، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولاً عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية ، وأكثر الذين يعتبرون الفاعل قاتلاً يعتبرونه قاتلاً شبه عمد لا قاتلاً عمداً ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالباً للموت .

٣١٦ - الفرق بين مسؤولية المباشرة ومسؤولية التسبب : الأصل في الشريعة الإسلامية أن المباشرة والتسبب كلاهما مسئول جنائياً عن فعله ، لكن المساواة في المسؤولية لا تستلزم تساويهما في العقوبة في جرائم الحدود ؛ لأن القاعدة في جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر^(٢) فلا يمكن إذن أن يعاقب التسبب بعقوبة حد ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل في الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة ، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب فخصصت عقوبة الحدود لشدها بما هو أصل وبما يقلب وقوعه .

أما جرائم القصاص فعقوباتها وإن كانت مقدرة كمقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والتسبب معاً عند مالك والشافعي وأحمد ؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ - المعنى ج ٩ ص ٣٢٦ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ .

القصاص لإمكان الجاني أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب^(١) .
ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب^(٢)
مع أنه يعتبر الفعل في الحالين قتلاً عمداً ، وهو يخص عقوبة القصاص للقاتل
المباشر ويدراها عن القاتل المتسبب ، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي
القصاص ، ومعنى القصاص المائلة ، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة .
فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة
القصاص المائلة في الفعل ، فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص
منه ؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر
زوراً بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه
الشهادة المزورة لا يقتص منه ؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام
إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة^(٣) .

وفي جرائم التعزير لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب ، فالعقوبات المقررة
لها واحدة ، ولكن هذا لا يقتضى التسوية بينهما في نوع العقوبة التي توقع على
كليهما ومقدار هذه العقوبة ؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة ، وللقاضي حرية
في اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة ، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها
الأدنى والأعلى

٣١٧ - مدى مسؤولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة :-
إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر في تحديد مسؤولية المتسبب والمباشر
عن حالة من ثلاث :-

(١) المغني ج ٩ ص ٣٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦
ص ٢٤١ .
(٢) يعتبر أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلاً مباشراً إذا كان من باشر القتل أداة في يد المتسبب
كما في حالة الإكراه .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

الأولى : — أن يغلب السبب المباشرة : ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على المتسبب دون المباشرة ، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هي السبب ، ولما كان فعل الجلاد لا يعتبر عدوانا كان صاحب السبب أى شاهد الزور هو القاتل ، وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسؤولية المباشرة ووقعت المسؤولية على عاتق صاحب السبب ^(١) .

الثانية : — أن تغلب المباشرة السبب : - وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كمن ألقى إنسانا في ماء بقصد إغراقه فنحنقه آخر كان يسبح في الماء ، وكمن ألقى بإنسان من شاطئ فتلقيه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف ، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالمسئول عن القتل في هذه الصور هو المباشرة وعليه وحده القصاص ، أما المتسبب فيعزى على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجهته وهي الموت .

ويرى البعض أن المباشرة لا تقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة ، كمن رمى آخر من شاطئ لا يمكن أن يسلم منه فتلقيه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقده بالسيف ، فإن السبب في هذه الحالة يعتدل مع المباشرة ، ويكون كل من المباشرة والمتسبب مسئولين عن القتل ؛ لأن عمل كل منهما يتم عمل الآخر ، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه ^(٢) ، والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشرة والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة .

ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا وكانت المباشرة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٨٥ .

عدواناً ، بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب^(١) وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب فهو مسئول عن فعله كلما كان فعله معصية .

وأهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا في جرائم الحدود والقصاص ؛ لأن تغليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدي إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره ، ويجعل عقوبة المتسبب التعزير كما تغلبت المباشرة على السبب .

الثالثة : — أن يعتدل السبب والمباشرة : — بأن يتساوى أثرهما في إحداث الجريمة ، وفي هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل ، كالأكره على القتل والأمر به ؛ فإن المكره والأمر مسئولان عن القتل كإسأل المكره والمأمور .

وعند أبي حنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبداً ؛ لأنه يضيف الحكم للمباشرة كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواناً ، وهو في هذا يخالف ما يراه مالك والشافعي وأحمد ، وإذا كان أبو حنيفة يعتبر المكره مسئولاً عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة ، وإنما ؛ لأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة في يده .

٣١٨ — رابطة السببية والمسؤولية : — ويشترط لمسئولية الجاني عن الجريمة التي تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله ، وأن يكون بين الفعل الذي أتاها والنتيجة التي يسأل عنها رابطة السببية .

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجاني ونتيجته ، إذا كان فعل الجاني مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالاً مباشراً . أما إذا كان فعل

(١) الأشباه والنظائر ص ٨١ — مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ .

الجاني سبباً فقد يصعب في كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية بين الفعل والنتيجة حيث لا يتصل الفعل اتصالاً مباشراً بنتيجته ، وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض ، أو قطع بعضها عمل البعض ، وكلما بعدت النتائج ، وتوالدت الأسباب بينها وبين الأفعال ، وسنستعرض فيما يأتي هذه المصائب ونبين حكمها .

٣١٩ - نمر العلة المبدئية للنتيجة : القاعدة أن الجاني يسأل عن نتيجة فعله

إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره^(١) دخل في إحداث النتيجة ، فالجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذي أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التي اشتركت في إحداثها ، فمن أحدث بآخر جرحاً قاتلاً بقصد قتله فأدى الجرح للموت فهو مسئول عن القتل العمد ، وإذا كان بالجنى عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات ، ويستوى أن تكون الإصابات التي كانت بالجنى عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه أو عن فعل غيره ، كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان .

وإذا كان بالجنى عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلاً ، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً بقصد قتله فمات من جميع الإصابات ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن بعض الإصابات التي أدت للموت ناشئة عن فعل مباح ، وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية ، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التي أحدثها الجاني وليست سابقة عليها .

- وإذا كانت بعض الإصابات الخش من بعض ، فإن الجاني الذي أحدث

(١) المفروض أن الجاني لا علاقة له بغيره من الفاعلين .

أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل في القتل على أفرادها ، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي يحدثها كل جان ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله ، فالجاني الذي أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل في القتل على أفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج ، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية ، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة فإن الجاني مع ذلك يسأل عن القتل العمد ، مادام فعله مهلكا بذاته ، أو كان له منفرداً دخل في إحداث النتيجة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسئولاً عن قتله عمداً إذا ضربه أو جرحه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ، مادام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير .

٣٢٠ - انقطاع فعل الجاني : — ويسأل الجاني عن نتيجة فعله مالم ينقطع فعل الجاني بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله ، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته ، فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً بقصد قتله يعتبر قاتلاً له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل ، والأول جرح لا قاتل ؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث .

ويسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة ، ولو كان الجاني قاصداً النتيجة ، فمن يجرح إنساناً قاصداً قتله فيشفي الجرح يسأل باعتباره جرحاً لا قاتلاً ؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت .

٣٢١ - توالى العلل والسيئات : — قلنا : إن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره دخل في إحداث النتيجة ، وهذه هي القاعدة العامة في الشريعة ، ومن السهل تطبيقها

كلما كان فعل الجاني علة مباشرة للنتيجة ، كذبح شخص بسكين ؛ فإن الذبح علة مباشرة للموت . ولكن المسائل لا تعرض دائماً بهذه السهولة ، فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجاني هو العلة المباشرة للنتيجة ، وإنما تتولد العلة وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجاني والنتيجة التي يسأل عنها ، وبحيث يبعد الفعل عن النتيجة ، ولا يكون سبباً مباشراً لها ، ومثل ذلك أن يحدث الجاني بالجنى عليه جرحاً بقصد قتله فينقل الجنى عليه إلى المستشفى فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه الجنى عليه ، فهل يسأل الجاني عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل الجنى عليه إلى المستشفى ، وأن النقل تولد عنه موت الجنى عليه محترقا ، أم يسأل الجاني عن الجرح فقط ؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالث ، فيحكم على المتهم البرىء بالقتل وينفذ فيه ، ثم تبين بعد ذلك براءته ، فهل يعتبر شاهد الزور قاتلاً باعتبار أن فعله علة للحكم ، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه ؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلة والأسباب :
أولها - العلة والأسباب الحسية : وهى العلة التى تتولد عنها النتائج توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ولا خلاف عليه ، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى ، فكلما كان فعل الجاني علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة ، كإشعال النار فى بيت الجنى عليه بقصد قتله ، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا ، فإن الجاني وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل ، وكان إحراق المنزل علة فى موت الجنى عليه محترقا .

ثانيها - العلة والأسباب الشرعية : - وهى العلة والأسباب التى تولد

نتائج يسأل عنها الجاني بمقتضى النصوص الشرعية ، كاعتبار شاهد الزور في جريمة القتل قاتلاً للمحكوم عليه . وهذا النوع من العلل يتحمل الجاني نتيجته التي ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضمفت صلة السببية بين النتائج والفعل .
ثالثها: العلل والأسباب العرفية : وهي كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليداً حسيماً ولا شرعياً ، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين . وتنسب العلة أو السبب إلى العرف ؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم .

وحكم هذا النوع من العلل أن الجاني يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب ، إذا كان العرف يقضى بمسئولية هذه النتائج ، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها ، فمثلاً لو خرق شخص قارباً يركبه المجنى عليه بقصد إغراقه في لجة لانتجاة منها فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجنى عليه بنفسه في الماء سابحاً فالتقمه حوت ، فإن الجاني يسأل عن القتل ويراد فعل الجاني وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت . وإن كان علة لغرق القارب ، وكان غرق القارب علة لإلقاء المجنى عليه بنفسه في الماء ، وكانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهم الحوت له ، وهذه العلة الأخيرة هي التي أدت مباشرة للموت ، ويسأل الجاني عن النتيجة التي ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عن فعله ؛ لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة بالغم من ذلك كله ويعتبر الجاني قاتلاً . وإذا ضرب الجاني شخصاً بقصد قتله فحدثت به إصابات استلزم علاجها وضع المجنى عليه في مستشفى ، ثم حدث زلزال أدى هدم المستشفى وموت المجنى عليه تحت الانقراض ، فإن الجاني يسأل باعتباره سبباً فقط ، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت ، ولو أن الموت كان علة لموت المجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجاني ؛ لأن العرف لا يعتبر الجاني قاتلاً في هذه الحالة . والساحر الذي يمارس أعمال السحر والشعوذة

بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود ، وإنما يسأل عن الأفعال التي أتاها دون نتيجتها ؛ لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدي للقتل .

٣٢٢ - نظرية السببية في الشريعة : - ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية في الشريعة وهي أن الجاني لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية ، وهي الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التي يسأل عنها ، وأهـى الرباط الذي يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول ، فإذا توفرت هذه الرابطة كان الجاني مسئولاً عن نتيجة فعله ، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته ، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعياً أو بفعل شخص آخر ، فإن الجاني يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته .

ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد الحادث للنتيجة ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعالاً في إحداث النتيجة ، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجاني هو الذي سبب النتيجة وحده ، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل المجنى عليه أو الغير ، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية .

والجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو كان علة غير مباشرة للنتيجة ، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو عال أخرى تولدت من فعل الجاني ، مادام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجاني مسئولاً عن مثل هذه الحالة .

ولا يسمح الفقهاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد ، بل يقيدون التوالد والتوالى بالعرف فما اعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً ، ومالم يعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو ليس سبباً لها ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك ؛ لأنه أقرب إلى العدالة والصق بطبائع الأشياء ، فلو أنهم اكتفوا في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنسى فى القتل العمد لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة ؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى ضمن لنظرية الشريعة البقاء مابقى الناس ؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلا ، ونظرية الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

٣٢٣ - بين الشريعة والقوانين : - ونظرية الشريعة فى السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة القوانين الوضعية .

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر أى : السبب الذى يؤدى للموت بشرط أن لا تتوسط بينه وبين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه ، فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه بقصد قتله فأهمل الجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان مريضا أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت ؛ لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل .

و يطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل العمد فقط ، ولكنهم لا يرون بأساً من قبول السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ فمن الظلم أن لا يقبل في القتل العمد .

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا ، وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة في ألمانيا وإنجلترا وإيطاليا وسويسرا وانتقلت إلى غيرها من البلاد . وتعتبر النظريات الألمانية في السببية أنموذجا لأحدث النظريات في السببية ولذلك سنكتفى بعرضها .

وأول النظريات الألمانية هي نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال ، وبمقتضى هذه النظرية يسأل الجاني عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى في إحداثها ، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة ؛ لأن هذه العوامل تعتبر شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها مادام أنها لا تقوم بالدور الأول في إحداث النتيجة ، أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول في إحداث النتيجة فإن النتيجة تنسب إليه ويصبح فعل الجاني شرطا لحدوث النتيجة لأسبابها . وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها ، مع أنها جميعا ضعيفا وقويها ضرورية لإحداث النتيجة ، ولو امتنع أحدهما مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به .

وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية هي نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى ، ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة بل يضعونها جميعا في مستوى واحد ، وعندهم أن فعل الجاني هو العامل (٣٠) التشريع الجنائى الإسلامى

الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت ، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها ، ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية ، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره ، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية ، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة .

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة ، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتوالياها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة .

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم ، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل ، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل واسكنها لا تحمل الجانى المسؤولية عن النتيجة إلا إذا اعتبر فعله سببا ملائما لإحداث النتيجة ، ويعتبر السبب ملائما إذا كان كافيا لإحداث النتيجة طبقا لما تعارف عليه الفلاس وما تقتضيه طبائع الأشياء .

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية ، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسؤولية ، ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرنا ، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى ؛ لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها .

الفصل الثاني

في ارتفاع المسؤولية الجنائية

٣٢٤ - علة ارتفاع المسؤولية الجنائية : - بينا فما سبق أن المسؤولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة^(١) : هي (١) إتيان فعل محرم (٢) أن يكون الفاعل مختاراً (٣) وأن يكون مدركاً . فإذا توفرت هذه الأسس الثلاثة ، توفرت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها ، لم يعاقب الجاني على فعله ، على أن عدم العقاب لا يرجع في كل الحالات إلى سبب واحد بعينه ، فإذا لم يكن الفعل محرماً فلا مسؤولية إطلاقاً ؛ لأن الفعل غير محرم ، والمسؤولية لا تكون قبل كل شيء إلا عن فعل محرم ، وإذا كمال الفعل محرماً ، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسؤولية الجنائية قائمة . ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار .

فالمسؤولية ترتفع إذن ، إما لسبب يتعلق بالفعل ، وإما لسبب يرجع للفاعل ، وفي الحالة الأولى يكون الفعل مباحاً ، وفي الحالة الثانية يبقى الفعل محرماً ، ولكن لا يعاقب على إتيانه .

٣٢٥ - أسباب الإباحة : يباح الفعل المحرم في الشريعة الإسلامية ؛ لأسباب متعددة ، ولكنها كلها ترجع ، إما لاستعمال حق ، وإما لأداء واجب ، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذي يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذه الفاعل ؛ لأن الشريعة جعلت له حقاً في إتيان الفعل المحرم أو ألزمت به إتيانه فأباحته له بذلك إتيان ما حرم على الكافة .

٣٢٦ - أسباب رفع العقوبة : وترتفع العقوبة عن الفاعل لأربعة أسباب هي : (١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن . وفي هذه الحالات الأربع يرتكب الجاني فعلاً محرماً ولكن العقوبة ترفع عنه ، لفقدان الاختيار أو الإدراك .

٣٢٧ - الاعتفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجاني من العقاب بالرغم من أنه استحقه ؛ لارتكابه فعلاً محرماً وهو متمتع بالإدراك والاختيار ، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة ، ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدأ الاستثنائي تشجيع الجاني على التوبة في الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها ، خصوصاً وقد جاء النص المقرر للمبدأ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحراقة، وهي من أخطر الجرائم وذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ، وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا ، أَوْ يُصَلَّبُوا ، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ ، أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ، ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ ، فَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٣ ، ٣٤] ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحراقة ، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليها وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف^(١) . ولا شك أن المبدأ الذي جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة في ذلك .

٣٢٨ - بين الشريعة والقانون : هذه هي أسباب ارتفاع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، وهي بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسؤولية في القوانين الوضعية ، وحكم هذه الأسباب في الشريعة والقوانين واحد من حيث التكيف ، فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً للفعل فلا

جريمة في فعل يستعمل حقاً أو يؤدي واجباً ، وهذا هو نفس الحكم في القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة . والشرعية ترفع العقاب في حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن ، مع بقاء الفعل جريمة ، وهكذا الحكم في القوانين ، والشرعية تعفى من العقاب في بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه ، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة . والفرق الوحيد بين الشرعية والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها في الشرعية الإسلامية من يوم وجودها ، أى : من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن ، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا في أواخر القرن الثامن عشر ، وفي القرن التاسع عشر . ولم تعرفه إلا سبباً بعد سبب وخطوة بعد خطوة .

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

٣٢٩ - الملة في إباحة الأفعال المحرمة : الأصل في الشرعية الإسلامية أن

الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة ؛ ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع .

فالقتل مثلاً محرم على الكافة ، وعقوبة القاتل عمداً قصاص أى : القتل ، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولي الدم وذلك قوله تعالى :

﴿ومن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]
 فولى الدم حين يقتل القاتل يأتي عملاً مباحاً له بصفة خاصة ، ولو أن هذا العمل
 محرم على الكافة ، وهو حين يأتيه يحقق غرضين من أغراض الشارع . أولهما :
 القصاص من القاتل . وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولي الدم .

والجرح محرم على الكافة ، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد
 تتوقف على عملية جراحية ، فقد أبيع للطبيب بصفة خاصة جرح المريض ؛ لإنقاذه
 من آلامه أو لإنقاذ حياته ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ ولأن الشريعة
 تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقي بنفسه في التهلكة ،
 فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة ، والتداوى من المرض ،
 وإنقاذ النفس من الهلكة .

والضرب محرم على الكافة ، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضي
 بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا ، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على
 الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم ؛ فقد أبيع لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد
 التأديب والتعليم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم .

وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات
 الشارع ، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال
 المحرمة على الكافة .

وإذا كان الفعل المحرم قد أبيع ؛ لتحقيق مصلحة معينة فقد وجب منطقياً
 أن لا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التي أبيع من أجلها ، فإن ارتكب
 الفعل لغرض آخر فهو جريمة ، فالطبيب الذي يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدي
 واجباً كلف به فعله مباح ، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل
 وعمله جريمة .

٣٣٠ - الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل .

حقه وأن لا يستعمله ، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه ، فالحق إذن هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه .

ويقابل الحق . الواجب ، وكلاهما يختلفان عن الآخر في طبيعتهما ، فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه ؛ فإن المسكف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب .

وإذا كان الحق والواجب يختلفان في طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية في أن الفعل الذى فعل ؛ أداء لواجب أو استعمالاً لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يعتبر حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فالقتل قصاصاً هو حق لولى الدم إذا باشره ، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له ، والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب ولكنه واجب على المدرس والمعلم .

وللتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولهما وهو متفق عليه من الفقهاء ، أن الحق لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه . وثانيهما : وهو مختلف عليه بين الفقهاء ، أن الحق يتقيد بشرط السلامة وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، أى : أن من باشر حقاً مسئول دائماً عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق ؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه ، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى ، أما مالك وأحمد فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين ننظر هل يتحتم

إتيان الفعل أم لا ؟ » وهل يعاقب على تركه أو يأنم بتركه أم لا ، فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأنم بتركه أو يعاقب على تركه ، أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون أن يأنم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له .

وإذا حللنا الحق وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق ، فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلاً ، أو الإبن أو التلميذ ، وإذا حللنا الواجب وجدنا أنه يعطى أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويجعل مباشرة الواجب حقاً له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب ، نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والإبن . فالمكلف بالواجب هو في الواقع صاحب حق على محل الواجب ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه ، وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب .

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعى . (٢) التأديب . (٣) التطبيب . (٤) ألعاب الفروسية . (٥) إهدار الأشخاص . (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

الفرع الأول

في الدفاع الشرعى

٣٣١ - ارفع الشرعى في الشريعة على نوعين :

- أ - دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل .
 - ب - دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .
- وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً .

الطلب الأول

الدفاع الشرعى الخاص

أو

دفع الصائل

٣٣٢ - معنى الدفاع الشرعى الخاص : الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء .
والدفاع الشرعى الخاص سواء كان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه
ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بدفع الصائل ، وعلى تسمية المعتدى صائلاً والمعتدى عليه مصولاً عليه .

والأصل فى دفع الصائل قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] ومارواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كان لى أجير فقاتل إنساناً فعض أحدهما يد الآخر ، فانتزع المعترض يد من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه ، فأتى النبی فأهدر ثنيتيه وقال « أهدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل » ومارواه عبد الله بن عمرو عن قول رسول الله : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » ومارواه أبو هريرة عن رسول الله قال : « لو أن امرأاً اطاع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة فمقات عينه لم يكن عليك جناح »

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عصبه أو ماله ، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عصبه أو ماله . لقوله عليه

السلام : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ونقوله « إن المؤمنين يتعاونون على الفتن »

٣٣٣ - التكييف الشرعى لرفع الصائل : لا خلاف بين الفقهاء أن دفع

الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره ، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه ؟ .

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك .

والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر ^(١) ، ويستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية .

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانهدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعنى من أدائه .

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للامدنى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها - المستصفي للفرغى

وانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب وبين الحق ؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لا تخيير فيه ، كأن صاحب الحق لا يعتبر آثماً بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعاً ^(١) .

واختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس ، فظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأي الغالب في مذهبي مالك والشافعي على أن دفع الصائل عن النفس واجب ^(٢) والرأي المرجوح في مذهبي مالك والشافعي يتفق مع الرأي الراجح في مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز ^(٣) وليس واجباً . وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في الفتنة « اجلس في بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك - أوفى لفظ آخر - فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » كذلك يحتجون بعمل عثمان رضي الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه .

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها ، ويحملون الدفاع جائزاً مطلقاً في حالة الفتنة ، أما في غير حالة الفتنة فيجملونه واجباً مطلقاً ^(٤) ، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية ^(٥) .

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً ، فلمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء ، وأن لا يدفعه . والفرق بين المال والنفس ، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان مالا فيه روح ، أى : ليس جماداً ، أو كان مالا للغير في يد

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ٧٤

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨١ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ — الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٥٠ وما بعده

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٩٠

(٥) حاشية الرمل ج ٤ ص ١٦٨ وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ — شرح الزرقاني وحاشية البناني ج ٨ ص ١١٨

الدفاع كمال المحجور عليه أو الوقف ، أو مالا مودعا ، أو كان مالا للدافع ولكن
تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة ^(١) .

ثانيتها : صيال الصبي والمجنون والحيوان : - يرى مالك والشافعي وأحمد
أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع ، فإذا
قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال
إلا بالقتل فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية ، لأنه كان يؤدي واجبه
في دفع الصائل عن نفسه ^(٢) .

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون الموصول عليه
مسئولا مدينا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ، وحجتهم في ذلك أن الدفاع
شرع لدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان
الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ،
ولكن المعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على
أساس الضرورة الملجئة ، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان وإن
أعفت من العقاب ؛ لأن الدماء والأموال معصومة ؛ ولأن الأعذار الشرعية
لا تنافي هذه العصمة .

ويرى أبو يوسف أن يكون الموصول عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط
لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ،
أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة ، ويترب على هذا أن يكون الموصول عليه
في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال
عليه حيوان ^(٣) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٠٣ - الأم ج ٦

ص ١٧٢ المذهب ج ٢ ص ٢٤٣ الإقناع ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢ .

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع في كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمي نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس ، ومن حقه ومن واجبه أحياناً أن يحمي ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا ، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يميز له أن يمنع الاعتداء ، فإذا لم يكن في الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء ، فمشروعية منع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل وليس الاعتداء في ذاته . ومن ثم فليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة ^(١) .

٣٣٤ - بين الشريعة والقانون : بينا فيما سبق التكليف الشرعي للدفاع ، أما تكليف الدفاع في القوانين الوضعية فقد اختلف باختلاف الأزمنة ، فقديماً كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعي لا القانون الوضعي ، وفي المصور الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة . وفي القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه ، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية . وفي القرن التاسع عشر ، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه لأن الخطر المحدق بالمُدافع يجعله عديم الاختيار ؛ ولأن الجاني يدفع بغريزته للمحافظة على حياته . وقد أخذ على هذا التكليف بأنه لا يعمل الدفاع عن الغير ولا عن المال ، وأنه يؤدي إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب . وأحدث الآراء اليوم في القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعي بل أداء لواجب ؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله ، فضلاً عن أن الجماعة

لامصلحة لها في العقاب ؛ لأن المدافع ليس بالجرم الذي يخشى على الجماعة من شره والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت في القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية في القرن السابع ، فالدفاع يكيف في الشريعة بأنه واجب في أكثر الحالات ، حق في بعضها ، وهو يكيف اليوم في القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجباً ، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد الجنون . والطفل ، ولو أن كليهما معنى من العقاب ؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقاباً يقع على المعتدى ، وإنما هو دفع لعدوانه ، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء . ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استناداً إلى حق الدفاع الشرعى ، أو استناداً إلى أنه حالة ضرورة ، فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية ، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن اعتباره معتدياً أو مرتكباً لجريمة ، وأن حالة الضرورة هي التي تبيح قتل الحيوان ، ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعى بالنسبة للحيوان ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ^(١) . ويتفق القانون المصرى مع مذهب أبى حنيفة في اشتراط أن يكون فصل الصائل جريمة ، فإن لم يكن جريمة ، لم توجد حالة الدفاع ^(٢) .

٣٣٥ - شروط دفع الصائل :- لدفع الصائل شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه في حالة دفاع وهذه الشروط هي : أولاً - أن يكون هناك اعتداء أو عدوان . ثانياً - أن يكون هذا الاعتداء حالاً . ثالثاً - أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر . رابعاً - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٥٢٥ .

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى .

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء . - يجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء ؛ فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه ، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب ، والمعلم إذا أدب الصبي ، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق ، ومستوفي القصاص حين يقل القاتل أو يقطع يده قصاصاً ، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداء ، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب .

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أوجبه الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه ، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك ، من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم .

وليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ، ويصح أن يكون بسيطاً ، وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله ، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله^(١) .

وليس من الضروري في رأى مالك والشافعي وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها ، ولكن يكفي أن يكون عملاً غير مشروع ، وليس من الضروري في رأى هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عن فعله ، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلاً ، ويكفي لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أياً كان غير مشروع . أما أبو حنيفة وأصحابه ، فيشترطون أن يكون الاعتداء

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

مما يعتبر جريمة معاقباً عليها ، وأن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عنها ، وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة ، ويخالفهم أبو يوسف في هذا حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون حاجة لأن يكون الصائل مسئولاً عن الجريمة جنائياً ، ورأى أبي يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة .

ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جميعاً لا يرون مبرراً لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان ؛ لأن فعله لا يعتبر جريمة ، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة ، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصرى ، الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتله دون مقتضى (م ٣٥٥ عقوبات) هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة وهو الرأى الراجح ؛ لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته ، أما إذا أمكن فى بعض الأحوال اعتبار الفعل جريمة من صاحب الحيوان ؛ فالدفاع يوجد ولكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات .

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه ؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه ، فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدرأ ، أما المصول عليه فمعصوم ، وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدرأ مع بقاء المصول عليه معصوماً ، ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت ، فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سراً ، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج ، فمضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها .

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان اعتبر الزائد منها عدواناً وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريته .

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلاً ، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء ، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيعتدى ، فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه ، فإن وقع في نفسه أنه يضر به وإن لم يبدأه المتقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه^(١) ، ويجب أن يكون الاعتقاد بالاعتداء غالباً على الظن حتى يمكن تبرير الدفاع ، أما الوهم والظن الضعيف فلا يبرره ، فإذا دخل رجل بالسلاح داراً فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله ؛ لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل ؛ وإذا توقع صاحب الدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنيّاً على أسباب معقولة فياقتله ولا شيء عليه .

وإشهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه في حالة دفاع ولا يجعله مصولاً عليه ؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يعتبر اعتداء ، لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه ، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهي باتتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء ، فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى ، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه ، فإذا فعل من ذلك شيئاً فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته ، ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال ، وتعتبر حالة الدفاع قائمة

(١) الأم ج ٦ ص ٢٧ .

(٢) نفس المرجع السابق .

حتى يسترد من الصائل مأخذه ، والمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى .

والرغبة في الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء ، فمن كان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيعه فضر به أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن في ذاته .

الشرط الثاني : أن يكون الاعتداء حالا : — لا يوجد المصول عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا ، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن فلول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع ، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلاً للدفاع ، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلاً للدفاع ، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل ، وإذا اعتبر التهديد اعتداء في ذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه ، والاتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد .

الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : — يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها ، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد ، فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله ، فإن فعل كان فعله جريمة^(١) ، وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية في الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله^(٢) .

(١) حاجة ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

(٢) الأم ج ٩ ص ٢٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

وقد اختلف الفقهاء في الحرب كوسيلة لدفع الاعتداء ، فمن رأى أن الحرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء فقد أوجب الحرب على المصول عليه ؛ لأن الحرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء ، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن ^(١) . ومن رأى أن الحرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه لا يلزم المصول عليه بالحرب ، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الحرب أو الدفاع ^(٢) . وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الحرب مشيناً أو غير مشين ، وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً ^(٣) . ويشترط على كل حال عند من يرون الحرب دفاعاً أن يقوم الحرب مقام الدفاع ، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحریم ولم يستطع المدافع الحرب بالمال أو الحریم فلا يعتبر الحرب دفاعاً ولا يلزم به المصول عليه ^(٤) .

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه : — يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع فالمصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل ، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه ، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه ، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه ، وإن ضربه ضربة عطلة لم يكن له أن يثنى عليه ؛ لأنه كنى شره ، وإن ضربه ففقط يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية ؛

(١) المفى ج ١٠ ص ٣٥٣ .

(٢) نفس المرجع السابق والأم ج ٦ ص ٢٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

(٤) المرجع السابق وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه «^(١) وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلّف منه فهو هدر ؛ لأنه تلف لدفع شره^(٢) .

ومن قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به ، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وإن كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد ، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل . وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله ، وجب عليه الضمان^(٣) أي : العقاب ؛ لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع ، وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وإن ضربه فطاله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى ؛ لأن القصد كف أذاه^(٤) .

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا ، فعله ولا مسئولية عليه .

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها ، فلا شيء عليها . ومن قضاء عمر رضي الله عنه في هذا الباب أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر « والله لا يودى أبداً »

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذي تندفع به ، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية إلا في مذهب

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان ، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٤١ .

أبى حنيفة فإنه يسأل مدنيا فقط ، لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة ، وحالة الضرورة ترفع المسؤولية الجنائية ولا ترفع المسؤولية المدنية .

وإذا اطلع رجل على بيت لإنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فله أن ينهيه فإن لم ينته جازله أن يدفعه بأي سر ما يدفع به ، فإن لم يدفع إلا بقفا عينه ففقاها فلا مسؤولية عليه ، وهذا رأى مجمع عليه في مذهب الشافعي ومذهب أحمد^(١) ، وحجتهم ما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأ اطاع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح » . وحديث الرسول المروي عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم وكان الرسول يحك رأسه بمدرى في يده فقال الرسول « لو علمت أنك تنظر لطعمت به في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » وفضلا عن الحديثين فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع وعلى هذا الرأى الأقلية في مذهبي مالك وأبى حنيفة أما الغالبية فتري أن المدافع ليس له أن يققأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح قفا عينه ، فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى أن لا يستباح به الفقأ ، ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة في الزجر عن الاطلاع^(٢) . ويرى المالكية أن الرمي أبيض للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين ، فإذا قصد عينه فعليه القود ، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه فهي إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئا لا عامدا^(٣) .

ويرى علاء الدين الكاساني أن الأصل في كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى الموصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل ، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع . فإن شهر

(١) المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥ — المذهب الجزء الثانى ص ٢٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٨٥ .

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

عليه سيفه يباح له أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، ألا ترى أنه لو استغاث الناس ، يقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه^(١) . ولا حرج على الموصول عليه إذا تعذر بدر الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء مادامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء . وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفاً أو سكيناً فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا^(٢) .

وليس الموصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداءً إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه^(٣) . والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبني على أسباب معقولة ، فهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقي الذي وقع أو الضرر الذي كان الصائل ينتوى أن يحدثه فلموصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن الموصول عليه قائماً على أسباب معقولة .

ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة ؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر وقد يؤدي إلى إهلاك الموصول عليه^(٤) ومن ثم يرجع في تقدير القوة الملائمة لظروف كل واقعة .

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى

الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٧ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية البنائي الجزء الثامن ص ١١٨ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب ، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح ، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل ، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثاني ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء .

و بين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء ، فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء ، فقد انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء ، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولكن لا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه فالمدافع أن يتبعه حتى يسترد منه ما أخذه ، وأن يستعمل معه القوة اللازمة في استرداده ، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله^(١) .

والأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها ، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصاب غيره خطأ فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع ، فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأ وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمّد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ ، وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأ وأصاب شخصاً فالصيد في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ .

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في

المرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(١) وليس على صاحب المكان مسئولية ؛ لأنه من قبيل الدفاع ؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ، ولكن مالك^(٢) يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم ، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه . ولعل رأى مالك أقرب إلى الدقة في تطبيق قواعد الدفاع ؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر ما يندفع به وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل . وقد تعرض شراح القوانين لهذه المسألة بالذات فمنهم من رأى الفعل دفاعاً ومنهم من لم يره كذلك ، وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي^(٣) .

٣٣٧ - أيكوره للصائل هو المرفاع ؟ : يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدى الموصول عليه حدود الدفاع المشروع ؛ لأن عمل الموصول عليه يصبح حينذاك اعتداء والدفاع يتولد عن الاعتداء ، أما إذا بقي فعل الموصول عليه في حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه . وإذا تجاوز الموصول عليه حد الدفاع اعتبر عمله اعتداء ، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به .

٣٣٨ - حكم رفع الصائل : من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة ، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية ؛ لأن الفعل ليس جريمة ، ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥٠ - المغني ج ٩ ص ٥٧١ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٣) القسم العام لأحمد بك صفوته ص ٢٢٤ .

مسئولية . أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية .

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسؤولية المدافع مدنياً عن قتل الصبي والجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه ، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسؤولية المدنية فقط في حالة قتل الحيوان ، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء .

٣٣٩ - بين الشريعة والقانون : هذا هو دفع الصائل في الشريعة الإسلامية ، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لا تكاد تختلف اليوم شيئاً عن أحكام الشريعة ، وقد بينا الأساس الذى يقوم عليه الدفاع في الشريعة وقارناه بالأسس التى قام عليها الدفاع في القوانين ويقوم عليها اليوم . أما شروط الدفاع في الشريعة فهى نفس الشروط في القوانين الوضعية الحديثة وعلى الأخص في القانون المصرى والفرنسى ، وآراء الشراح في هرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء ، فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يفرق بين الهرب المشين والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائناً ، وحكم الدفاع في الشريعة هو نفس حكمه في القوانين الوضعية التى تجعل الفعل مباحاً ولا ترتب مسؤولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا في حالة تجاوز الدفاع .

الطلب الثانى

في الدفاع الشرعى العام

أو

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٣٤٠ - مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

الأصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله تعالى ﴿ولتكن منكم أمة

يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴿ [آل عمران : ١٠٤] وقوله ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين ﴾ [آل عمران : ١١٣، ١٠٤] وقوله : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ﴾ [التوبة : ٧١] وقوله ﴿ لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون ﴾ [المائدة : ٧٨، ٧٩] وقوله : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١١٠] وقوله ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وقوله ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً ﴾ [النساء : ١١٤] وقوله ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقتلوا التي تبغى حتى تنفي إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] .

وقد تأكدت هذه المعاني جميعاً بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومنها أنه روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال في خطبة خطبها : أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها ﴿يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ [المائدة : ١٠٥] وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعذبهم الله بعذاب من عنده » .

وروى عن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن تفسير قوله تعالى ﴿ لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ فقال « يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر فإذا رأيت شحامطا وهوى متبعا ودينًا مؤثرة وإعجاب كل ذي رأى برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام » .

وقال صلى الله عليه وسلم « لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » .

وقال « ما أعمال البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثة في بحر لجى ، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفثة في بحر لجى » .

وقال « إياكم والجلوس على الطرقات » قالوا: ما النابذ ، إنما هي مجالسنا نتحدث فيها . قال : « فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها » قالوا . وما حق الطريق ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » .
وقال أبو عبيدة بن الجراح قلت يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجل ؟ قال « رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش » .

وقال الحسن البصرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك ، فذلك الشهيد منزله في الجنة بين حمزة وجعفر » .

وقال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول « بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط ، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله قال « من رأى منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

٣٤١ - ماهية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : المعروف هو كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة ، والعفو عند المقدرة ، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين ، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشفيات ، ونصرة المظلوم ، والتسوية بين الخصوم في الحكم ، والدعوة إلى الشورى ، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها ، وصرف الأموال العامة في مصارفها إلى غير ذلك .

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف ، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب خمرًا فعليه أن يمنعه ويريق خمره ، ومن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك ، والمنع واجب سواء ارتكب المعصية في سر أو في علانية .

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع في الشرع^(١) ، ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية ؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ؛ ولأنهم لا يعتبرون فعل الصبي والمجنون معصية ؛ لأن الفعل في رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً ؛ ولأن المعصية بلا عاص محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً كالدعوة إلى التبرع بالمنكوبين أو الانخراط في سلك المجاهدين ، وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالنبرع بمبلغ من المال أو الانضمام إلى المجاهدين ، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط في سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلاً .

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٥ .

والنهي عن المنكر قديكون قولاً محضاً كالنهي عن شرب الخمر، وقد يكون عملاً محضاً كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها . وإذا كان النهي عن المنكر قولاً ، فهو النهي عن المنكر ، وإذا كان عملاً فهو تغيير المنكر .

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغي عمله أو قوله طبقاً للشريعة ، والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه أو تغيير ما ينبغي تركه طبقاً للشريعة ^(٢) .

٣٤٢ - التكليف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس حقاً للأفراد يأتيه إن شاءوا ويتركونه إذا شاءوا ، وليس مندوباً إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه ، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه ، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه ، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير ، وينشأ الأفراد على الفضائل ، وتقل المعاصي والجرائم ، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة ، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم .

والفقهاء ، وإن كانوا قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول في صفة الواجب ، والوجه الثاني فيمن يلزمهم هذا الواجب .

الاختلاف في صفة الواجب :- انقسم الفقهاء فريقين في تحديد صفة الوجوب ، فقال البعض إن الواجب فرض عين أي : واجب محتم ، وعلى كل مسلم

أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته ، أو من هو متفرغ لتأديته ، وهم يشبهونه بفريضة الحج فهي فرض عين ، ولكن على المستطيع ، وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر آكد من فريضة الحج ، ولم تشرط فيها الاستطاعة ؛ لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد ، فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم ، وأن ينهي عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا ، والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر فيما هو ظاهر ، وفيما هو خفي . ويرى أصحاب هذا الرأي أن في جعل الواجب فرض عين حفاظاً للأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل^(١) .

ورأى الفريق الآخر وهم جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، من فروض الكفايات كالجهاد ، فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره^(٢) ، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ وعندهم أن من^(٣) للتبويض ، وأن الله قال : ﴿ ولتكن منكم أمة ﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف ، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين ، فهو فرض ؛ لأن الله أوجبه بقوله : ﴿ ولتكن ﴾ وهو فرض كفاية ؛ لأنه واجب على البعض لا على الكل^(٤) .

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب :- يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ .

(٢) الفخر الرازي ج ٣ ص ١٩ - الكشف للزنجشري ج ١ ص ٣١٩ - أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١٢٨ - أحكام القرآن للقرطبي ج ٤ ص ١٦٥ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ .

(٣) يرى الفريق الأول أن من لبيان وليست للتبويض .

(٤) لإحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٥ .

والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ، وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر وقد يغلظ في موضع يستوجب الدين ، ويلين في موضع الغلظة ، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرار ، وأنه ربما عرف الحكم في مذهب وجهله في مذهب آخر ، وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه فرض كفاية ، وعندهم أنه مادام الواجب على الكفاية ، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر ، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب ^(٢) . ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض ، وإنما يسقط بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم ، فضلا عن ذلك فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضي أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء ، ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدي إلى الأضرار التي يتوقعونها ؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهي عن السرقة والزنا .

٣٤٣ - الشروط الواجب توفرها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-
 رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة لا على فئة معينة منها ، ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى في المنكر ، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب ، وإلى مبادئ الشريعة العامة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها

(١) الفخر الرازي ج ٣ ص ٢٥ - الكشف للزمخشري ج ١ ص ٣١٨ - مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسية ص ٣٧ ، ٦٦ .

مختلف فيه ، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا ، وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهى ؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسئولية التارك ، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر باعتباره واجبا لا يجب إلا على مكلف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى باعتبارها قرينة من القربات ^(١) ؛ لأن غير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتي القربات ولو أنها لا تجب عليه ، ولا يجوز منعه من إتيانها ، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها ، كصلاة الصغير وصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه ، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قرينة ، ولم يحجز لأحد أن يمتنع من الصلاة أو الصوم ، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع ، وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء ويتركه إن شاء ، فالصبي المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفا إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاحى ، وإذا فعل ذلك نال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به .

الشرط الثانى وهو الإيمان : — يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى ، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب ^(٢)

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٤ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٥ .

وقد روعى في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم في أن يمتدح ما يشاء ، وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته ، فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حبت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك ، والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهي عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله ، ويدخل فيه النهي عن الترهيب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يعتقد ما يعتقد المسلم ، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام ، وهذا هو الإكراه في الدين الذي تحرمه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ فن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث وهو القدرة : - ويشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادراً على الأمر والنهي وتغيير المنكر ، فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أى : عليه أن يكره المعاصي وينكرها ويقاطع فاعليها .

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده ، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الأمر والنهي من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدي نهى الناهي إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه ، ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ، فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وأن لا يحضر مواضع المعاصي والمناكر ، ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدي إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهي عن المنكر ، وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر في (٣٢) التشرع الجنائى الإسلامى)

درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه ، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدي إلى ما هو أشرم منه فقد سقط عنه الواجب ، بل حرم عليه النهى ، ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شراباً حلالاً نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقة لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقتة ، ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية ، فقد مر وبعض أصحابه في زمن التتار يقوم منهم يشربون الخمر ، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم ، وقال لهم : إنما حرم الله الخمر ؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء تصدم الخمر عن قتل النفوس وسبى الذرية ، وأخذ الأموال ، فدعومهم وخرمهم^(١) .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروهاً ، فلا يجب عليه الأمر والنهى^(٢) لعدم فائدهما ، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين^(٣) .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، ولكن يستحب له أن يبطله^(٤) كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو ، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، وإنما يستحب له أن يبطله لا باعتباره واجباً ، بل باعتباره قرينة من القربات .

ويلحق بالعجز الحسى العجز العلمى ، فالعالمى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقه وترك الصلاة ، وفيما عدا الجليات

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٢٦ وما بعدها - أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٨ مجموعة الرسائل - الحسية ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط فى هذه الحالة . راجع أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

المعاملة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهاها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه^(١).

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما في حكمه معلوماً علماً محققاً ، بل يكفي فيه الظن الغالب ؛ لأن للظن الغالب في هذه الحالات معنى العلم وحكمه ، فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار ، ومن غلب على ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه ، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه ، أما إذا شك فيه من غير رجحان ، فإن الشك لا يسقط الوجوب^(٢).

الشرط الرابع وهو العدالة : - يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط ، فيرون أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ أَمْرُؤُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ ﴾ [البقرة : ٤٤] وبقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ . كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ [الصف : ٣ ، ٤] وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتمام . وتقويم الغير فرع للاستقامة ، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره .

ولكن الرأي الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، وأنه لا يشترط في الأمر أو النهي أن يكون معصوماً عن المعاصي كلها ؛ لأن في اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولهذا قال سعيد بن جبير : « إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء » .

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي ، أي : بإتيانه المحرمات وترك الواجبات ، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص ٢٨ ، تفسير المنار الجزء الرابع ص ٣٤ .

(٢) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص ٢٨ ، ٢٩ .

ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات ، وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس في الآيتين اللتين استدلل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإنما جاء بالنهي على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصداقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة^(١) .

الشرط الخامس وهو الإذن : ويشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك ، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدي إلى الفساد والفتن . ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ، ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها ، وحجتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتجعل كل من رأى منكراً فسكت عليه عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له . وفضلاً عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج في إذنه لتأدية الواجب .

والرأي الأخير هو الرأي الذي جرى عليه العمل في كل العهود حتى في الأوقات التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للأمر بالمعروف والنهي

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص ١٥ - ١٧ الكشاف الجزء الأول ص ٢١٩ - أحكام القرآن للجهاد ص ٣٣ الجزء الثاني .

عن المنكر ، فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب ، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ، ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئاً من ذلك إنك مخطئ^(١) .

والذين يشترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له ، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرًا فكسر دنانهم وأراق خمرهم ، أو وجد رجال يزني ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله ، لا يعتبر أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل ؛ لأن التعليل مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية .

٣٤٤ - شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : - ليس للأمر بالمعروف شروطاً خاصة ولا أوقافاً خاصة ؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم ، وكل ذلك جائز في كل وقت وفي كل مناسبة . أما النهي عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهي أو التغيير وهذه الشروط هي (١) وجود منكر (٢) وأن يكون موجوداً في الحال (٣) وأن يكون ظاهراً دون تجسس (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به .

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهي عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ما كان محذور الوقوع في الشرع ، ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف ، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٣ وما بعدها - إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ١٩ وما بعدها - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ - الكشاف ج ١ ص ٣١٩ .

وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليه أن يمنعه ، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة في الحمام والخلوة بالأجنبية ، وإتباع النظر للنسوة الأجنبية ، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهي عنه ومنعه ^(١) .

ولكن يشترط في المنكر أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة لاجتهاد ، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهي عنه أو تغييره ، فليس للحنفي مثلاً أن ينكر على شافعي أكله الضب والضبع ، وليس للشافعي أن ينكر على حنفي نكاحاً لا ولى فيه ^(٢) .

الشرط الثاني : أن يكون موجوداً في الحال : ويشترط في المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية ، فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهي عن المنكر أو تغييره . وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد ، فإذا اعترض شخص الجاني فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة ، أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضي هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله أداء لواجب . وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشم والضرب فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر عنه على الشرب ؛ لأن في الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكن ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : - يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس أو تفتيش ، فإذا توقف

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ .

إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ؛ لأن الله حرم التجسس في قوله ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٣] ولأن البيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ؛ ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس فقال لمعاوية « إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم » وقال عليه السلام « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته ، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان في جوف بيته » وقد استقر الأمر في الشريعة على هذا من أول يوم ومما يذكر في هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه فقد تساق دار رجل فوجده على معصية فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة أرجه ، فقال وما هي ؟ فقال : قد قال الله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ وقد تجسسست . وقال تعالى ﴿وَأْتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا﴾ وقد تسورت من السطح ، وقال ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسْلَمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة ، وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك ؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه ، ومثل هذا مارواه عبد الرحمن بن عوف قال « خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة في المدينة فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤممه فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغظ ، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت لا . فقال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى ؟ قال أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه قال الله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ فرجع عمر وتركهم . »

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغي لإنسان مثلاً أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار ، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة

الخمر والحشيش ، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شئ يخفيه فيه ، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره^(١) .

لكن إذا غلب على الظن استسرار شخص بالمعاصي لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استغاثة ، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا باسرة ليزني بها أو برجل ليقتله ، فيجوز في مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش ، حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات^(٢) .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ، لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأى^(٣) بأن فلانا يرتكب المعاصي في بيته جاز دخول البيت دون إذن ، كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية في الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى^(٤) .

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت ، وما ظهرت دلالاته فهو غير مستور بل هو مكشوف وقد أمرنا بأن نستمر ما ستر الله ونفكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه » والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدولنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٥ ص ٣٤ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٤ .

«البصر وتارة بحاسة اللمس ، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به : يشترط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ؛ لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة ، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله ؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر ، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر .

٣٤٥ - وسائل دفع المنكر : وقد حصر بعض الفقهاء^(١) الوسائل الصالحة

لدفع المنكر في سبع وسائل وهى : التعريف ، والنهى بالنصح والوعظ ، والتعنيف ، والتغيير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بالغير .

التعريف : ويكون كما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر ، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر في هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر . ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن في التعريف نسبته إلى الجهل وهذا في ذاته إيذاء له ولكن لا بد منه لدفع المنكر ، فوجب أن يكون التعريف في غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر ؛ لأن إيذاء المسلم محرم .

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه

(١) إحياء علوم الدين الجلد الثانى ج ٥ ص ١٥ وما بعدها

منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدي إلى ترك المنكر ، كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح ، وينبغي أن يكون الناهي شقيقاً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللفظ ، ويوجه إلى المصر المستهزئ ، بالوعظ والنصح ، ويشترط في التعنيف شرطان : أحدهما : أن لا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللفظ والثاني : أن لا ينطق العنف إلا بالصدق ولا يسترسل في التعنيف فيطاق لسانه بما لا يحتاج إليه ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه ، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يعد فحشاً كقوله يا فاسق يا جاهل يا أحمق يا غبي وما يجري هذا الجرى ؛ لأن كل عاص فاسق والفاسق أحمق جاهل ولولا حقه وجهله ماعصى الله ، وكل من ليس بكيس فهو أحمق ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت ، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله » .

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي ، وإراقة الخمر ، وخلع الحرير من رأس العاصي وعن بدنه ، وإخراجه من الدار المغصوبة ، وإزالة ما يضعه من المواد في الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك .
والتغيير لا يكون إلا في المعاصي التي تقبل بطبيعتها التغيير المادي ، أما معاصي اللسان والقلب فليس في الاستطاعة تغييرها مادياً ، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصي وجوارحه الباطنة .

ويشترط في التغيير باليد أن لا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير ، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً ، وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها .

ويشترط في التغيير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه ، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحمة الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المفصولة مادام يستطيع أن يجذبه أو يحرقه إلى خارجها من يده ، وليس له أن يحرق أدوات الملاهي مادام يستطيع أن يكسرها ويعطائها عن العمل ، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات في إصلاحها ما يساوي ثمن مثليها . وليس له أن يكسر أواني الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأواني .

والأصل فيما سبق أن تغيير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره ، والزجر إنما يكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضي ، والدفع على الحاضر الراهن ، وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته ، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد .

التهديد بالضرب والقتل : وينبغي أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه ويشترط في التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه كقوله لأنهن دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك ، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام ، وإن قاله من غير عزم فهو كذب ، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه في سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضربن رقبتك وما أشبه ، وله أن يتوعده بأكثر مما في عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر .

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه ، ويشترط أن لا يندفع المنكر بغير الضرب ، وأن لا يزيد الضرب عن الحاجة في الدفع ، فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .

وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح فللدافع أن يشهر السلاح

وأن يجرح كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له خل عنها أو لأرمينك فإن لم يخل عنها فله أن يرمى، وينبغي أن لا يقصد المقتل بل الساق والخذ وما أشبهه، وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربك فكل ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن، ولا فرق في ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب.

وإذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدي إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذي يراد منه أقل درجة من القتل، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منه عن القطع وقاتله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقاتله في دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية، وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقاتله دفعاً للمعصية ليس في ذاته معصية^(١).

الاستعانة بالغير: وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها؛ لأنها تؤدي إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضاً بأعوانه فيؤدي ذلك إلى القتال؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٤.

الإمام ؛ لأنه إذا جاز الأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة ؛ لأنه مامن وسيلة غيرها إلا وقد يؤدي استعمالها إلى التضارب ، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون ، فلا ينبغي إذن أن يبالي بلوازم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النواذر والنادر لا حكم له فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس في الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع منكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه وبنفسه وأعوانه .

٣٤٦ - هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في حق الطائفة ؟ : يجوز

استعمال الوسائل التي سلف ذكرها في حق الكافة عدا الوالدين والزوج والحاكم . فأما الوالدان فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهي بالوعظ والنصح ، وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ، ولا يمكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما ، كأن يريق خمرها أو يرد ما يجد في بيتها من مال مفصوب أو مسروق لأصحابه . وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التأفف منهما وإيذاءهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ [الإسراء ٢٣] وقد ورد في حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من العموم إذ لا خلاف في أن الأب لا يقاد بولده ، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه في الزنا حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه ، فإذا لم يحز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هي حق على جنابة سابقة فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جنابة مستقبلية متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لو جاز السجود لخلق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها » وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية عليه إلا التعريف

والنهي بالموعظة والنصح ، أما التغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز ؛ لأنه يفضى إلى خرق هيئته وإسقاط حرمة وذلك محظور لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية ، وليأخذه بيده فليخل به ، فإن قبلها قبلها ، وإلا كان قد أذى الذي عليه والذي له » ولقوله أيضاً « من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض » .

٣٤٧ - حكم التجاوز في دفع المنكر : إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة ، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل ، فإذا عنف فاعل منكرك فقدفه فهو مسئول عن القذف ؛ لأن القذف لا يدخل في التعنيف ، وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح ، وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضرره ضربة ثانية أو جرحه جرحاً ثانياً فهو مسئول عما فعل بعد اندفاع المنكر . وإذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير ، فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر فإذا أتلّف الموائد المنصوبة في محل الخمار أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك . ولا محل للنهي عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هي التي تحل النهي عنه أو تغييره دفعاً للمنكر ، فإذا لم يقع المنكر فلا يمكن اعتبار ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعاً وإنما هو اعتداء وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يعتبر دفعاً للمنكر وإنما اعتداء على فاعله .

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر لكن إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره فالتعمد لا عبرة به ؛ لأنه تعمد فعل

مباح والقاعدة أن من تعمد فعلاً مباحاً فأخطأ في فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئاً لا عامداً .

٣٤٨ - هل لفاعل المنكر هو الدفاع ؟ : ليس لفاعل المنكر أن يتعمد علماً من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر ، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء .

٣٤٩ - الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص : إذا قارنا الدفاع الشرعى العام بالدفاع الشرعى الخاص تبين لنا أن الأسس التى يقوم عليها كل منهما واحدة ، وأن أحكامهما واحدة وأنهما لا يكادان يختلفان إلا فى بعض التفاصيل .

والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية ، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع فموضوع الدفاع الشرعى الخاص هو كل صيال أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل ، وموضوع الدفاع الشرعى العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة إسمية ، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكراً ، ولكن هذا القول غير صحيح ، لأن ما يدفع فيه الفعل باعتباره منكراً لا يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً ، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه ، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء ، فمثلاً إذا هم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلاً فهنا دفاع شرعى خاص ، أما إذا أتاها برضاها ففعلها يدفع باعتباره منكراً

فهنا دفاع شرعى عام ، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا ، ويكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص ، أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكرا. يكون الدافع فى حالة نهى عن المنكر أو تغييره ، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا ، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر ، فالصياحلى أى : الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام .

٣٥٠ - بين الشريعة والفانوية: تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما ، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضى، ولقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام. ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المنكرات ، ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجه بعضهم بعضاً، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم ، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر . ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليماً ، فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول : « أطيعونى ما أطعت الله فيكم فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم » وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : « من رأى فىّ اعوجاجا فليقومه » وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام ، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق ، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام ، وحماية أخلاقها من الانحلال. وحماية وحدتها من التفكك وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة ، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء

على المفسد في ممكنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه ، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم في حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى في بعض الحالات للأفراد الحق في منع الجاني بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ، ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على إطلاقه ، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة ، بخلاف الشريعة التي تطبقه في كل الحالات وفي جميع الجرائم .

الفرع الثاني

التأديب

٣٥١ - (أولا) تأديب الزوجة : من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته كأن تشاغل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزله بغير إذنه ، وأساس هذا الحق قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ . وقوله: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء : ٣٤] والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أى الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من الطاعة .

٣٥٢ - ما يؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لاحد فيها ، كمقابلة غير الحارم ، وترك الزينة والخروج دون إذن ، وعصيان أوامر الزوج ، وتهذيب ماله . والرأى الراجح أن له تعزيزها (٣٣ - التفسير الجنائى الإسلامى)

على ترك فرائض الله إذا كانت مسامة كترك الصلاة والصوم^(١).

ومن المنفق عليه أن الزوجة لاتضرب لخوف النشوز قبل إظهاره ، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلا^(٢).

٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية ؟ يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين ، وإن عادت كان له أن يهجرها ، فإن عادت كان له أن يضربها ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى : ﴿ فمظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل^(٣) ، وهذا يتفق مع الرأي المرجوح في مذهبي الشافعي وأحمد .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثاني معصية ، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة ، ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين ، وأنه وعظها في أولها وهجرها في الثانية .

والرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر ، وسواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شيء من ذلك ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن عقوبات المعاصي

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٤ ص ١٤٦ - الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٩ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ١٦٨

(٣) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ ، ١٦ - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا تختلف بالتكرار ، وأن الواو في قوله تعالى : ﴿ فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب ^(١) .

و يترتب على هذا الرأي أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة .

٣٥٤ - هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ ويرى أحد أن يسأل الزوج عن سبب الضرب ؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيوا وإن أخبر بغيره كذب ، ويستند في هذا المبدأ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يا أشعث إحفظ عني شيئاً سمعته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسألن رجلاً فيم ضرب امرأته » . وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج أنه ضربها للتأديب ، ويمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هي أنه ضربها لغير التأديب فيحثل يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب . ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة فلزوج أن يؤدبها مهما بغلت من العمر على خلاف الصغار ، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ .

٣٥٥ - حر الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه ، فإن فعلن فاضر بوهن ضرباً غير مبرح » . والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد ، وقد فسر البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمى لها جسماً ، وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً . وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثراً . وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحداً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٧٤ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ - المنى ج ٨ ص ١٦٢

ويشترط في ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على الموضع المحفوفة كالبطن^(١) .

ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا ، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج ؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له ، ويراعى الوسط في الضرب فما يعتبر تأديبا في وسط قد لا يعتبر تأديبا في وسط آخر وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حدود التأديب في وسط آخر .

ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا .

ويشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ لهذه السلطات ، وأن لا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر ، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة^(٢) وتعليل هذا أن السلطات العامة هي المختصة أصلا بالعقاب ، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج في التأديب ؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدي تدخل السلطات العامة في كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين ، فإذا سرقت الزوجة مثلاً من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها ، أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها ، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل ، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط ، لا على السرقة أو السب .

وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه ، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على

(١) المفق ج ٨ ص ١٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ .

ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد ، ويعتبر عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأديباً^(١) .

٣٥٦ - مكهم المراية :- وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان^(٢) .

أما أبو حنيفة والشافعي فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً أو كان أشد من ذلك ، وحجة أبي حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا ، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضرور أو إلى تلف أحد أعضائه ، فقد وقع قتلاً أو قطعاً لا تأديباً ، وحجة الشافعي أن التأديب ليس واجبا على الزوج وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده ، فيتحمل نتيجة اجتهاده . والمتأخرون من فقهاء مذهبي أبي حنيفة والشافعي يحتجون في تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه ، وإنما هو حق له واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة ، وبأن حق الزوج في التأديب متمحض لنفعه الشخصي وله أن يستعمله أو يتركه^(٣) .

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح .

٣٥٧ - المسؤولية على التأديب :- ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن التأديب مادام في حدوده المشروعة ؛ لأنه

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ .

(٢) الفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ .

(٣) الفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ - الأم ج ٦ ص ١٣١ و ١٦٦ وما بعدها .

يستعمل حقا أباحه له الشارع . أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله .

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو .

٣٥٨ (ثانيا) — تأديب الصغار : - للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما ، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تسكفه ولها هذا الحق فى غيبة الأب ، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح ^(١) .

٣٥٩ - شروط تأديب الصغار : - ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كاللبطن والمذاكير ، وأن يكون بقصد التأديب ، وأن لا يسرف فيه ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير ، فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ؛ لأن الفعل مباح له .

٣٦٠ - حكم السرية : - وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه فإلا وأحد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة ، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا ^(٢) .

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال ؛

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١١ - حاشية الطهطاوى ج ٥ ص ٢٧٠ .

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه ، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه^(١) .

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه كما يضمن الزوج زوجته ، ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه ، والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه . أما المعلم والمدرس فيفرق أبوحنيفة وأصحابه بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصى ، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا ؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه ، فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة ؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة ، فذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبي مالك وأحمد^(٢) فى النتيجة .

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم ، ويرون أن ضرب التأديب حق وأن ضرب التعليم واجب والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد ، والفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والحل ، أما غير المعتاد فوجب للضمان فى السكل أى : فى ضرب التأديب وضرب التعليم^(٣) .

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره ، فضرب الزوج للتأديب دائما ، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم وقد يقصد به التأديب ، ولكن معنى التأديب يختاط بمعنى التعليم فى حالة

(١) الأم ج ٦ ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٠٥ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

الصغير ؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره .

٣٦١ - المروى بين المذاهب :- يختلف مذهب مالك والشافعى وأحد

عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقلا واجبا . أما فى مذهب أبى حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة ، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهبي مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحق بشرط السلامة ، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط مادام الفعل قد وقع فى حدود الحق ، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق .

الفرع الثالث - فى التطبيب

٣٦٢ - إمامة التطبيب :- من المتفق عليه فى الشريعة أن تعلم فن الطب

فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ ولأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الفرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجبا فيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه ، على أن التطبيب يعتبر واجبا كفائيا كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة ، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أى : أنه واجب غير قابل للسقوط . والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجبا أن لا يكون الطبيب مسئولا عما يؤدى إليه عمله قياما بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجهاده العلمى والعملى ، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدى واجب

التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب لما له من الساطن الواسع وحرية الاختيار فى الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله .

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب ، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، ولكنهم اختلفوا فى تعليل رفع المسئولية ، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية إذا الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه ، وفى هذا ضرر عظيم بالجماعة . ثانيهما : إذن الجنى عليه أو وليه ، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية^(١) .

ويرى الشافعى أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتى فعله بإذن الجنى عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به ، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان مافعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب^(٢) . ويتفق رأى أحمد مع رأى الشافعى^(٣) .

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا ، فإذا كان الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب ، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ فى فعله^(٤)

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه ، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة فى اختيار هذا العمل وفى اختيار الطريقة التى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ .

(٣) المغنى الجزء العاشر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ .

الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل ، فلو جرح الطبيب شخصاً فمات أو أعطاه دواءً فأحدث له تسمماً أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ - من النية : والمفروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية ، فإذا قصد قتل المريض أو كان سوء النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً ، ولو لم يؤدي فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة ، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض ؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلاً محرماً معاقباً عليه .

٣٦٤ - خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلاً على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها ، فشقه فمات بعد يوم أو يومين ، ولما سئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أى : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أى : لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ، ففيل له فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية ^(١) .

٣٦٥ - إذنه المريض : ويشترط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه ، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي .

وجب إذن الحاكم باعتباره ولى من لا ولى له ، وإذن الحاكم فى إجراء جراحة للمريض لا ولى له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب فى مباشرة التطبيب بصفة عامة .

٣٦٦ - إذن ولى الأمر : وليس فى الشريعة ما يمنع ولى الأمر من أن يشترط فى الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم ، وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة ، وأن لا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولى الأمر بمباشرة ، وقد جعل مالك إذن الحاكم فى التطبيب شرطاً فى انتفاء المسؤولية عن الطبيب كما قدمنا .

ومن تطب وهو غير طبيب كان مسئولاً عن عمله لقوله عليه الصلاة والسلام : « من تطب ولم يعرف الطب فهو ضامن » . فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد ، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأى ومتعمد على رأى^(١) ، والرأى الأول هو الراجح .

٣٦٧ - شروط عزم المسؤولية : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسؤولية عن التطبيب الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون الفاعل طبيباً .
 - ٢ - أن يأتى الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .
 - ٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية .
 - ٤ - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولى .
- فإذا توفرت هذه الشروط فى التطبيب فلا مسؤولية ، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولاً .

٣٦٨ - الملحقون بالطباء : ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والختان

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٦ ، ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢

وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسؤولية ، ويشترط في عماهم ما يشترط في عمل الطبيب ، فيجب في الختان مثلاً أن يكون الفاعل خاتناً ، وأن يأتي الفعل بحسن نية وبقصد الختان ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولي .

٣٦٩ - بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق القوانين الوضعية مع

الشريعة الإسلامية في اعتبار التطبيب عملاً مباحاً ، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسؤولية ، فنستلزم أن يكون الفاعل طبيباً ، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المريض في الفعل .

وتعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً بيننا تعتبره الشريعة واجباً ، ولا شك أن نظرية الشريعة أفضل ؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة ، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسؤولية عن الطبيب^(١) ، فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسؤولية هو رضا المريض بالفعل ، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا ، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديماً^(٢) ، وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسؤولية هو انعدام القصد الجنائي ؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض ، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأي^(٣) . والرأي

(١) القانون الجنائي لعل بدوى ص ٤٠٠ وما بعدها — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٢٢ .

(٢) نقض ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٧ — القضاء السنة الرابعة ص ٢٥١ .

(٣) نقض في ١٨ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ص ١٨ رقم ١٨ ص ٣١ .

الأخير الذى يسود اليوم فى مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه ؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضى ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التى ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض .

الفرع الرابع فى ألعاب الفروسية

٣٧٠ - الشريعة فى وألعاب الفروسية : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للعقول ، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة ، وتشمل ألعاب الفروسية فى الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق ، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية

ويحيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدى إلى التفوق فى القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب ، كالمسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات ، وسباق الطير وما أشبهه ، وكاللعاب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأساحة النارية ، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج^(١) أى : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة فى الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ ﴾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيَ أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيَ »

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج — راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص ٧

وقوله : « المسلم القوى خير من المسلم الضعيف » وقوله : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة ، صانعه يحتسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنبله ، ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاث تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

ولقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه سابق بالأقدام . وثبت عنه أنه سابق بين الإبل ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل ، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين ، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال : « ارموا وأنا معكم كلكم » وثبت أنه صارع ركائنه ، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة .

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها . من ذلك مارواه مصعب بن سعد قال : كان سعد يقول : أى : بنى تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح « أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي » وكتب إلى عامله بأذربيجان كتاباً جاء فيه : « اخشوشنوا واخلولقوا ^(١) واقطعوا الركب ^(٢) وانزوا على الخيل نزوا وارتموا الأغراض ^(٣) »

والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه ، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من

(١) اخلولقوا أى تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلقاء به جذبرين بفعله .

(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعتادوا الركوب دائماً بالركاب .

(٣) ارتقاء الأغراض هو رمى الأهداف .

ضروب المهارة والقيمة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه .

وتجيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها ، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه ^(١) ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال ؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة ، وهي إعداد عسكري للأفراد . ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال ، أو من مال غير اللاعبين ، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه ^(٢) .

٣٧١ - حكم إصابات اللاعب : وألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم ، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين ، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة ؛ لأنها ليست من ضروريات اللعبة ، فإن تعمدتها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية ، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم

(١) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا في الرمي وفي مسابقة الخيل والإبل وبراء البعض جائزاً في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمسابكة بالأيدي وفي سباق البغال والحمر والبقر والفيلة والفريق الأول هم المالكية والحنابلة والفريق الثاني هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٠ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٦٥٧ - مجم الأنهر ج ٢ ص ٥٢٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢١٥ وما بعدها - المغني ج ١١ ص ١٢٨ وما بعدها - الفروسية ص ٦٩ وما بعدها .

يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب ؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات فى الحدود المعروفة . فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما ، فهى جريمة عمدية إذا تعمدها ، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

٣٧٢ - بين الشريعة والقانون : — هذا هو حكم ألعاب الفروسية فى الشريعة الإسلامية ، أما حكمها فى القوانين الوضعية فغير متفق عليه ، فبعض البلاد يعتبرها أفعالا مباحة ، وبعضها يعتبر ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم ، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى ، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية ، وتقضى المحاكم فى بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية ، بينما تقضى المحاكم فى فرنسا بالبراءة ، والسائد فى إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة فى حدود معينة ولا يترتب عليها أية مسئولية ، وفى مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية ، ويرى البعض المسئولية ، والرأى الأول هو الراجح .

واختلف شراح القوانين فى سبب ارتفاع المسئولية فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائى ، وقال البعض إنه رضا المجنى عليه ، وقال البعض الآخر بأن الدولة تعتبر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها ، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون ، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسئولية^(١) ، وهذا الرأى هو أحدث الآراء وأرجحها ، والعمل به يؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها نظرية الشريعة الإسلامية ، والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأى أن الشريعة ترى فى ألعاب الفروسية واجبا على الأفراد ، بينما هى طبقا لهذا الرأى حتى لا واجب .

(١) القانون الجنائى لعلى مدوى ص ٣٩٨ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى

ونظرية الشريعة أدق منطقاً ؛ لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الجهات الصحية والخاصة والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء في المدارس كما تلقن العلوم الضرورية ، بل إنها أصبحت من العلوم الأولية في المدارس التي تعد رجال البوليس والجيش ، وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة في حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجباً على الأفراد لاحقاً لهم ؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلي عنه ، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

الفرع الخامس إهدار الأشخاص

٣٧٣ - معنى الإهدار : - الإهدار هو الإيابة ، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله ، فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيع جرحه أو قطعه أو قتله ، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبيع من الشخص إلا قطع هذا الطرف ، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيع ماله كإيابة مال الحربى ، والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال .

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إيابة نفس الشخص أو طرفه . كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيع نفسه أو طرفه .

٣٧٤ - علة الإهدار : - علة الإهدار الوحيدة هي زوال عصمة الشخص ، وتزول العصمة إما بزوال سببها ، وإما بارتكاب الجرائم المهذرة .

زوال العصمة بزوال سببها : - القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى ليست مباحة . وأساس العصمة إما الإيمان ، وإما الأمان ، ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة ، وعقد الهدنة وما أشبه . فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله عليه

الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » . وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] وقوله : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾ [النحل : ٩١] وقوله : ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال : ٦١] وقوله : ﴿ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ ﴾ [التوبة : ٧] وقوله : ﴿ فَاتِّمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مَدَّتِهِمْ ﴾ [التوبة : ٤] وقوله : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ﴾ [التوبة : ٦] ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسامون عند شروطهم » . وقوله : « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » وقوله : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » وقوله : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم ، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم » .

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين : أمان مؤقت وأمان مؤبد ، فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل طال هذا الأجل أو قصر ، ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء ، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب أى بين الدولة الإسلامية وأى دولة غير إسلامية ، ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام^(١) .

والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهى به ، ولا يكون إلا بعقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل الجزء الرابع ص ٣٦٠ ، ٣٦٤ - المفنى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام وعليهم في مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام^(١) .

والأصل أن الناس في العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام وإما منكر له والمنكرون على نوعين : إما مسلم للإسلام ولمعلم محارب له ، فالمسلمون للإسلام من كان بينهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل ، أو عقد من عقود السلم ، كمقد الهدنة أو المودعة أو عقد الذمة ، وأما المحاربون فهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإسلام ويسمى هؤلاء بالحريين ، وكل من عدا الحريين من سكان العالم دماؤهم وأموالهم معصومة إما بإسلامهم^(٢) وإما بمسالتهم أو بتعبير آخر إما بإيمانهم وإما بأمانهم .

وإذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه ، فالمسلم تزول عصمته برده وخروجه عن الإسلام ، والمستأمن والمعاهد والذمي ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم ، وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حريين حكمهم حكم الحربي الذي لم يكتسب عصمة .

وإذا كانت العصمة تعني تحريم الدم والمال فإن زوالها يعني إباحة الدم والمال وهذا هو الإهدار ، ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربي فمعنى ذلك أن المرتد والحربي مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتها .

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : - وكما تزول العصمة بالردة وانتهاء الأمان ونقض العهد فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهدرة ، والجرائم المهدرة هي الجرائم التي تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف .

والجرائم المهدرة هي على وجه الحصر (١) الزنا من محصن (٢) قطع الطريق

(١) المغنى ج ١٠ ص ٥٦٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٨٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١١٠

(٢) راجع الفقرة ٢١١ .

أو الخرابة (٣) البغى (٤) القتل والقطع المتعمدان (٥) السرقة .

ويشترط في الجريمة المهددة شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر ، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة ، والعقوبات المقدرة محامها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط ، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة ^(١) . ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة ~~لنفس~~ أى قتلا ، أو متلفة للعرف أى قطعاً .

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهددة ، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الأب من الابن ؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يعتبر أيهما جريمة مهددة ، لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الدية مقدرة ، ومثل ذلك الزنا من غير محصن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة ، ومن ثم فهي جرائم غير مهددة . وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً .

وارتكاب الجريمة المهددة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة ؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبة ، وفضلاً عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هي إلا حدود والقاعدة العامة في الشريعة أن الحدود واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه ، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها ، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة .

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو في عقوبة القصاص فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة ؛ لأن زوال العصمة في جرائم القصاص نسبي لاعام ، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أو وليه فقط وبظل الجاني معصوماً بالنسبة للآخرين

فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة

وفما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أية جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية ؛ لأن لولى الأمر فى الجرائم التى يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة ، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة .حتماً ، وكل عقوبة غير محتمة لا تزيد العصمة ولا تهدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها ؛ لأن من الجائز أن يعفو ولى الأمر عن العقوبة فى اللحظة الأخيرة .

٣٧٥ — المهررونه : ونخرج مما سبق بأن المهدين هم : (١) الحربى (٢) المرتد (٣) الزانى المحصن (٤) المحارب (٥) الباغى (٦) من عليه القصاص (٧) السارق . ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد آخر فيما يأتى :

٣٧٦ — أولاً : الحربى : هو أصلاً من ينتمى لدولة فى حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فاتتهى أمانه أو نقض عهده .

ومن المتفق عليه أن الحربى مهدر الدم ، فإذا قتله شخص أو جرحه فهد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح ولا عقاب على فعل مباح ، وإنما يعاقب الفاعل فى بعض الحالات ؛ لأنه أحل نفسه محل السطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربى إطلاقاً إذا قتل فى ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس فى غير ميدان الحرب ، وفى هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية .

أما إذا قتل الحربى فى غير ميدان الحرب لغير مقتضى كأن ضبط فى دار

الإسلام أو استأسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما ، فإن القاتل لا يؤاخذ باعتباره قاتلاً ؛ لأن الحربى مباح الدم طبقاً للشريعة وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ، فيبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر ، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل ، وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكّل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين ، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياتة على السلطة العامة .

وقتل الحربى فى ميدان الحرب وفى حالة الدفاع عن النفس يعتبر واجباً ، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجباً عليه .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً وتعاقب عليه على هذا الاعتبار وإن كان الذى يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان . والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية فى عقاب القاتل ، ولكن الخلاف واقع فى تكيف الفعل المعاقب عليه ، فالقوانين تعتبره قتلاً والشريعة تعتبره افتياتاً على السلطات العامة .

٣٧٧ — ثانياً — المرتد : المرتد هو المسلم الذى غيّر دينه ، فالردة مقصورة

على المسلمين ولا يعتبر مرتداً من يغير دينه من غير المسلمين .

ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة^(١) ، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرأ ، وثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تمزيقاً لقوله عليه السلام « لا يلحق قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله « من بدل دينه فاقتلوه » فعقوبة الردة عقوبة متلفة ، وعلى هذا تعتبر الردة من الجرائم المهددة إذا نظر إلى عقوبتها ، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل فى العصمة فقد نظر فى الإهدار إلى الوجه الأول دون الثانى .

قاتلا عمدا ، سواء قتله قبل الاستتابة^(١) أو بعدها ؛ لأن كل جناية على المرتد هدر مادام باقيا على رده .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة ، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافئات عليها فيعاقب على هذا لاعلى فعل القتل في ذاته وعلى هذا رأى فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلا أن في مذهب مالك رأى مخالف^(٣) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودبة لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته ، فهو بعد رده كافر فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه دية لبيت المال ؛ لأنه هو الذي يرث المرتد، فكان أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته ، وأن الكفر لا يعصم صاحبه وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرها والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتيائه واستهائه بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاينة المرتد ، فإذا كانت لاتعاقب على الردة كما هو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتبارها مفتاتا عليها ؛ لأنه لا يعتبر مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة ، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال .

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يقب قتل حداً

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٢٥ - الإقناع الجزء الرابع ص ٣٠١ - المذهب الجزء الثاني ص ٢٣٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٧ .

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، فالمرتد غير معصوم واسكنه معصوم على شبيهه^(١) فلا يباح دمه لمرتد مثله ، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد ، بخلاف ما لو قتله مسلم فإنه لا يعتبر قاتلا ، وكذلك لو قتله ذمى على رأى الراجح^(٢) . ويطبق الشافعون قاعدتهم هذه على كل المهجرين ، ولكن الفقهاء الآخرين لا يأخذون بهذه القاعدة .

وقتل المرتد يعتبر واجبا في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا ؛ لأن عقوبة الردة من الحدود وهي واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها ، ولا يعفى الأفراد من هذا الواجب أن يمهّد بإقامته إلى السلطات العامة ، ولا يسقط هذا الواجب عن الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا .

وتختلف القوانين عن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات ، ولـكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذى تقوم عليه الجماعة ، فالدولة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعى وينادى بالديموقراطية أو الفاشية ، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية وينادى بالشيوعية أو الديموقراطية ، والدول الديموقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعتبرهما جريمة ، فالخروج على المذهب الذى يقوم عليه النظام الاجتماعى فى دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامى الذى يقوم عليه نظام الجماعة فى الشريعة الإسلامية . واخلاف بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة خلاف فى تطبيق المبدأ وليس خلافا على ذات المبدأ ، فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعى ، فكان من الطبيعى أن تعاقب على الردة لتحمى النظام الاجتماعى . والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعى ، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية . فكان من الطبيعى أن لا تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم

(١) أسقى المطالب ج ٤ ص ١٣ — شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ .

كل مذهب اجتماعي مخالف للمذهب الذى أسس عليه نظام الجماعة .
وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة فى كل البلاد الإسلامية ، ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعنى أن الردة مباحة ؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ، تلك النصوص التى لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية مابقى الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل ^(١) ، فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأى حال ، ولا يعتبر مفتاتا على السلطات العامة ؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التى تفرضها عليه .

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصرى وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م ٦٠ عقوبات) ، وهذا يكفى لإعفاء قاتل المرتد من العقاب ؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل فى الشريعة ، وقتل المرتد فعل تبجيحه الشريعة ، وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوى الحق ويزيد عنه درجة ، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل ، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح فى حالة الحق والواجب ، وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل باعتباره جريمة ؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء فى حالة الحق أو الواجب . ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه ، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه ، فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا فى مسؤولية المكلف بالواجب عند تركه ، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا

يتعرض بالترك لعقوبة ما ، فإذا أعفى صاحب الحق من المسؤولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه ، فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه .

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصرى نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل في أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة ، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم في إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب ، فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الطبيب الحق في جرح المريض أو بتر طرفه ، وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع ولكن تأدية هذا الحق تعطى المكلف بالواجب الحق في قتل المرتد . ومن واجب الجلاد قطع رقاب المحكوم عليهم بالقتل ، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق في قطع رقبة المحكوم عليه . على أننا لسنا في حاجة لهذا التعليل مادامنا نقول ببطالان النصوص القانونية المخالفة للشريعة .

٣٧٨ - (ثالثها) الزانى المحصن : — تعاقب الشريعة الزانى المحصن

بالرجم والزانى غير المحصن بالجلد ، وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره ، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره . ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حداً أى عقوبة مقدرة فقد اعتبر الزانى المحصن مهدر الدم .

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل ، ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها . ولا العقو عنها فإن قتل

الزاني المحصن يعتبر واجباً لا بد منه إزالة المنكر وتنفيذاً لحدود الله ^(١) .
 ويتفق الرأي الراجح في مذهب الشافعي مع الرأي السابق ، أما الرأي
 المرجوح في مذهب الشافعي فيرى أصحابه أن قاتل الزاني المحصن يقتل به ؛ لأنه
 قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص ، كما لو قتل رجل رجلاً فقتله غير
 ولي الدم ^(٢) . ويرد على ذلك بأن الزاني المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص
 بعينه ، وأن قتله متحتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولي الدم
 فقط ، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا .

وإذا كان لا يجوز مؤاخذه من يقتل الزاني المحصن باعتباره قاتلاً ، فإنه لا يجوز
 أن يؤاخذ باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ^(٣) بشرط أن تأخذ السلطات العامة
 على عاتقها أداء هذا الواجب ، فإذا أهملت في أداء هذا الواجب وتحلت عنه فليس
 لها أن تواخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها .

ويشترط الشافعيون في قاتل الزاني المحصن أن يكون معصوماً ؛ لأن مهدر الدم
 لا يعتبر مهدرًا مثله ، فالزاني المحصن لا يعتبر مهدر الدم للزاني المحصن ، ولا للمرتد ،
 ولا للحربي ؛ لأنهم جميعاً في درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدر ^(٤) .

أما إذا كان الزاني غير محصن فعقوبته الجلد فقط ، فمن قتله في غير حالة
 التلصص اعتبر قاتلاً عمداً وأقيد به ؛ لأنه قتل معصوم الدم ، وهذا متفق عليه بين
 الأئمة الأربعة .

وإذا قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس فلا عقوبة على قاتله عند مالك

(١) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٣ -

المفنى ج ٩ ص ٤٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ .

(٣) المرجع السابق وبصورة الحسكام ج ٢ ص ١٧٥ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠ - شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

وأبى حنيفة وأحمد ، وحجتهم في ذلك قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان يتعدى يوماً فأقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر ، وجاء جماعة في أثره فقالوا : إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته . فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت نخذى امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته ، فقال لهم عمر : ما يقول الرجل ؟ فقالوا : ضرب بالسيف فقطع نخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين . فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد وأهدر دم القتل .

ويعمل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل ، وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية ، فإن كانت المزنى بها أجنبية فلا يباح القتل ، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل ؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت إلخ .

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز ، وإنما يعللونها بتغيير المنكر ، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن في حالة التلبس بتغيير المنكر باليد وهو واجب على من استطاعه ^(١) . وأصحاب هذا الرأي لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية ، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلاً كان أو امرأة في حالة التلبس مطلقاً ، وهذا هو رأى الراجح في المذاهب الثلاثة ^(٢) .

أما الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن في حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل ، وفيما عدا هذا يعتبر قتله جريمة يعاقب عليها بمقوالة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن ؛ لأن الاستفزاز

(١) راجع الفقرة ٣٤٥ .

(٢) تبصرة المحاكم ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ -

المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

لا يبيح القتل ؛ ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر^(١) على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن مادام قد أوج لأنه مواقع في كل لحظة^(٢) ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل . ويستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم ، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتل بأدلتها الشرعية ، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق ، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائياً عن القتل العمد .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة ما يتفق مع الشريعة الإسلامية في عقاب الزنا ، فليس في هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة ، وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة في البلاد غير الإسلامية ، لكن نصوص قانون العقوبات ، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة ، وهى نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة صحيحة فقط في كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة . وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافياً فلا نعود إليه^(٣) .

وإذا كان قتل الزانى المحصن واجباً تلزم به الشريعة الأفراد فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد ، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن فقتله واجب طبقاً للشريعة ، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة ، وإنما نذكر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين مدى اضطراب النصوص القانونية ، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمادة السابعة من قانون العقوبات ، وبعضها يحرم

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ - الأم ج ٦ ص ٢٦ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ١١٣ .

(٣) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

قتل المهدرين كنص المادة ٢٣٠ عقوبات ، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد في الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم .

٢٧٩ - (رابعة) المحارب : المحارب هو من يرتكب جريمة الخرابه أى الإفساد فى الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر .

ولجريمة الخرابه أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ، أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣] فعقوبة الخرابه هى القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف والنفي ، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متلفة .

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى على التخيير ؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف «أو» فمن رأى البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب ، ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجناية التى وقعت ، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل ، ومن أخذ للمال ولم يقتل قطع ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب^(١) ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي^(٢) .

(١) لا يرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة ، ويخالفه فى هذا صاحبه ، ولأحد رأى يتفق مع رأى أبى حنيفة فى هذه النقطة ، راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ والنفي ج ١٠ ص ٣٠٥ .
(٢) النفي ج ١٠ ص ٣٠٤ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير في قتله أو صلبه ؛ أو قطعه أو نفيه ، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له رأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القتل لا يرفع ضرره وإن كان لارأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفي والتعزير^(١).

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعمو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٤] فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفي أى العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء^(٢).

ويترتب على التفصيلات التي ذكرناها أن المحارب يختلف حاله في الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير ، فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب فالمحارب يهدر دمه بالقتل وبالقتل وأخذ المال ، وتهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط ، ولا يهدر منه شيء بإخافة السبيل فقط ؛ لأن العقوبة النفي وهو غير متلف . وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل ؛ لأن العقوبة هي القتل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٣١٥ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٢ .

أو الصاب وكلاهما عقوبة متلفة ، وكذلك الحكم في حالة القتل وأخذ المال . أما إذا أخذ المال ولم يقتل ، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى ؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصابه إلا أن له أن يقطعه ، فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة ولا يمكن النزول عنه ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء . ولو أن للإمام أن يقتله أو يصابه أو يقطعه ؛ لأن للإمام أيضاً أن ينفية والنفي عقوبة غير متلفة .

ويستبر الجاني مهدرًا على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة . وينبنى على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار في الجاني عند القائلين بالتخيير في العقوبة ؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهدرًا في طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة ، ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهدارًا كليًا أو جزئيًا من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدرًا قبل ذلك . وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب قبل القدرة عليه ويمود المحارب معصومًا ، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متمعد إذا كان عالمًا بالتوبة ، فإن لم يكن عالمًا فهو قاتل أو قاطع خطأ .

ويعتبر قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجبًا لاحقًا ، لأن عقوبات الحاربة من الحدود ولا يجوز تأخيرها ، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا ، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا .

ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدرًا لا باعتباره قاتلا أو قاطعًا ، وإنما باعتباره مفتاتًا على السلطات السامة ، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب في هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقًا لنصوص الشريعة .

وإذا كان المحارب مهدرًا إهداراً جزئياً كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمداً ، وإذا قطع طرفاً غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمداً ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطيء ويصيب غيره ، فإنه يسأل عن قطعه خطأ .

وإذا قطع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب ، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

٣٨٠ - خامساً - الباغي : الباغي هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة ، أو يتمتع عن الطاعة معتمداً على القوة ، والباغي جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام ولا توجه إلى النظام الاجتماعي ، فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعي فهي ليست بغياً ، وإنما هي إفساد في الأرض ، والنظام الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره .

ويشترط الفقهاء في جريمة البغي شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها^(١) أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوي شوكة ومنعة ، وأن يبدأوا في تنفيذ غرضهم بالقوة على رأى أو أن يأخذوا في التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة .

وإذا توفرت شروط جريمة البغي ، أهدردم الباغي ، فمن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغي مهدرًا حتى تنتهى حالة البغي .

ويختلف مذهب أبي حنيفة^(٢) عن غيره في أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . أما مالك والشافعي وأحمد فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . والقاعدة عندهم أن الباغي لا يحل

(١) راجع الفقرة ٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - شرح القدير ج ٣

ص ٤١١ .

(٣٥ - التشريع الجنائي الإسلامى) .

دمه غير حرب أو صيال^(١) .

وقتل البغاة واجب في الشريعة لقوله تعالى : ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء ﴾ إلى أمر الله ﷻ وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد ، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصاً بأعيانهم لقتال البغاة ، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب ولا يسقطه عنهم مادامت حالة البغى قائمة .

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل الباغي على القتل ؛ لأن الباغي مباح القتل ، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه .

٣٨١ - سادساً - من عليه القصاص : القصاص في الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجاني بمثل فعله ، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة ، ويقع القصاص على النفس وعلى مادون النفس ، فإذا وقع على النفس كان قتلاً . وإذا وقع على مادون النفس كان جرحاً أو قطعاً .

ومن أتى فعلاً يوجب القصاص يعتبر مهدرًا فيما أوجبه على نفسه بفعله ، فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم ، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر في طرفه أو جارحته التي وجب فيها القصاص .

والإهدار في القصاص إهدار نسبي ، فلا يهدر الجاني إلا للمجنى عليه أو وليه . وفيما عدا ذلك فهو معصوم في حق الكافة ، وعلة نسبية الإهدار في القصاص أن القصاص حق لا واجب فلا يهدر الجاني إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله ، فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولي القاتل ، فإذا جاء أجنبي فقتل القاتل ولو بعد .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد ؛ لأنه قتل شخصاً معصوم
الدم في حقه ؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع
تنفيذ الحكم . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ^(١) .

والأصل في الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان ، ولا يستثنى
من هذا الأصل إلا القصاص فللمجنى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه .

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه في القتل بعد الحكم
بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان
وبشرط أن يكون ولى الدم قادراً على الاستيفاء ومحسناً له ، فإن كان عاجزاً
عن الاستيفاء أولاً يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان وليس
ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض .

أما القصاص فيما دون النفس فختلف عليه ، فيرى مالك والشافعي ورأيهما
وجه في مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون
النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد
التشفي أن يحيف على الجاني أو ينجى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى
القصاص من يحسنه من الخبراء ، ويقول مالك في هذا : « أجب إلى أن يولى
الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان
عدلاً » ^(٢) .

ويرى أبو حنيفة ورأيه وجه في مذهب أحمد أن للمجنى عليه أن يستوفى
القصاص بنفسه فيما دون النفس ؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق

(١) المفتى ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - المشرح الكبير

ج ٩ ص ٣٩٩ .

ما دام يحسنه ، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيراً بالقصاص . والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفي نيابة عن لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

والأصل في تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ [الإسراء : ٣٣] والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفي الوقت المحدد للتنفيذ .

وفي الوقت الذي منحت فيه الشريعة ولي الدم حق القصاص فإنها منحتة حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص ، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً ؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجاني بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل .

وقد حرضت الشريعة ولي الدم على العفو بمختلف الأساليب ، فجعلت للعافي أن يعفو على مال يأخذه ، ووعدته بالثواب في الآخرة وبرضاء الله جل شأنه ، من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله ﴿ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين ﴾ [آل عمران : ١٣٤] واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ [البقرة : ١٧٨] وروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو .

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التي كانت سائدة في الشعوب الهمجية ، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

على أساس صحيح ، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم ، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة ، شأنها في كل ما جاءت به من مبادئ وما قررت من حقوق أو فرضته من واجبات .

وليس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة في الإنسان ، وأنه مهماتنةفت طباعه وهذبت غرائزه فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره ، وليس أيضا من يجادل في أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لئلا يمتنع عنه مانع .

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنى للقتل ؛ ولأن في القصاص حياة ، ومن المبادئ المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدي إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها قررت الشريعة حق ولى الدم في أن يقتص بنفسه ، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة في أغواره ، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة ، أو أن يرى العقوبة التي تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل .

وعلى نفس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو ، فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين - وسلطته على الجاني إلى هذا الحد ، حببت إليه العفو ، ودعته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال ، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعده رضاء الله وحسن ثواب الآخرة حتى إذا ماعفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة ، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوثام محل الخصاص وهو العامل الفعال في حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات ،

والسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائماً من العقوبات بشرط أن لاتصل إلى القتل .

فالشرعية إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس ، وإحلال الوثام محل الخصام ، وحفظ الأمن والنظام ، وتقليل الجرائم ، وحمل الناس على احترام الأحكام ، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهلهم ، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان .

وحق القصاص حق لا يتجزأ ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ويترتب على هذا الرأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقيين فى القصاص . ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضا ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر مالم يكن من جميع أولياء الدم ، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص .

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة ، فإذا حان موعد التنفيذ نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها ، ومن المسلم به أن لامتثولية على ولى الدم فى هذه الحالة ، وأن فعله ليس جريمة ؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع .

لكن يحدث أن تملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجانى أو بعد الحكم وقبل ميعاد التنفيذ ، كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو ، وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر ، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقيين وفيهم من يرى العفو ، فهل يعتبر مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا أم مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعنى من العقوبة أم يؤخذ على فعله ؟ ذلك ماسنينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه

الحالات في القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل .

٣٨٢ - أوود : حكم قتل الجاني : -

(١) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : - إذا قتل ولي الدم الجاني المستحق للقتل قصاصاً ، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً له ومارس حقاً قرر له الشارع ، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب ، وعلى افتيائه على السلطات العامة التي جعلت لممارسة حق القصاص وقتاً معيناً ، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيائات بالعقوبة التعزيرية التي تراها مناسبة^(١) .

و يشترط في حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني ، فإن لم يثبت اعتبر ولي الدم قاتلاً متعمداً

وظاهر مما سبق أنه لا فرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجاني ، وعلّة ذلك أن حق ولي الدم في القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل ، لامن وقت الحكم بالقصاص . فولى الدم حين يقتل الجاني قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه في القصاص الذي ثبت له من وقت ارتكاب الجاني جريمة القتل .

والمفروض في المسألة أن ولي الدم واحد ، أو أنهم متفقون إذا كانوا متعددين على قتل الجاني . أو ليس فيهم من يرى العفو عنه .

(ب) القتل بعد العفو : - يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه . وعلى هذا إذا قتل الجاني من لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبي حنيفة وأحمد ، أما الشافعي فيفرق بين حالتين : أولاها حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود . وفي هذه الحالة يرى وجوب القصاص . وثانيتهما : إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود ، وحكم هذه الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية^(١) .

فإذا قتل ولي الدم الجاني بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل ، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص ، وتكون العقوبة الدية في رأى أبي حنيفة وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان : رأى يقول بالقصاص ، ورأى يقول بالدية ، وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله ، وحجة القائلين بالدية أن حق ولي الدم ثابت في القصاص ، والأصل بقاؤه ، فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه في القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ ، وأن العفو لا يعتبر موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص ، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين في القصاص ، فإذا اقتصر أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقيين فلا مسئولية عليه ؛ لأن عفوه هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص ، ولكن هذا لا يمنع من تعزيز المقتص إذا كان في عمله افتيات على السلطات العامة^(٢) .

(ح) القتل قبل استئذان باقي الأولياء : إذا قتل الجاني أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقي الأولياء ، فالولي أو الأولياء القائلون مسئولون جنائيا عن القتل ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك وإن كانوا قد اختلفوا في عقوبة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ — تحفه المحتاج ج ٤ ص ٢٦ — المهذب ج ٢ ص ١٩٧
المغني ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٤٦٦ .

الولى القاتل ، فأبوحنيفة وأحد لا يريان الاقتصاص من القاتل ؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القاتل فكان هذا شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية بدلا منه ، ويتفق هذا رأى مع رأى الراجح فى مذهب الشافعى ، أما رأى المرجوح فى مذهب الشافعى ، فيرى أصحابه أن يقتص من الولى ؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له ، قياساً على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه ، ويرد أصحاب رأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لأن الشريك لا يقتص منه لإتلاف بعض المقتول وإنما لأنه أتلفه كله ، ويرى البعض القصاص من الولى ؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئاً إذ لا يستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقاً بموافقة بقية الأولياء ، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه ؛ لأن القصاص لا يتجزأ فمن قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئاً ؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله ، ومن لا يستحق كله لا يستحق بعضه ^(١) .

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلاً ؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص ^(٢) وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضرورى ؛ لأن أحدهم قد يعفو ، أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص ، ولهذا كان القاتل مستعملاً حقه فى القصاص .

(د) القتل من العاقى : - إذا كان القاتل هو نفس العاقى فهو مسئول عن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ و ٣٨٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢

فعله ، ويعتبر قاتلاً عمداً باتفاق^(١) وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال^(٢) لأن الجاني بالعفو عنه صار معصوم الدم .

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلّف ولى الدم جراحة أو عضواً من الجاني ثم عفا عنه ولم يقتله مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلّف في رأى أبى حنيفة وأحمد ؛ لأنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق ؛ لأن حقه في القتل لافي القطع ، وكان القياس أن يقتصر منه إلا أن القصاص درىء للشبهة « شبهة أن له تلف الطرف تبعاً للنفس » وإذا درىء القصاص وجبت الدية . ولكن حقه في الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة ، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لا قبل ذلك ، فإذا قتل ظهر حقه في الأطراف تبعاً ، وإن لم يقتل لم يظهر حقه في الطرف لا أصلاً ولا تبعاً ، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه^(٣) .

ويرى الشافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جراحة أو عضواً من الجاني لا يسأل جنائياً إذا عفا عن القتل ، ويعزى إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله ، وحجتهم في عدم المسؤولية في حالة العفو أنه قطع طرفاً أو أطرافاً من جملة استحقاق إتلافها ، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض^(٤) .

ويرى مالك مسؤولية الولى إذا أتلّف جراحة أو قطع عضواً من الجاني

(١) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ولكن هناك من يرى غير رأيهم فالحنس يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزيز القاتل .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٥٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ - المغنى ج ٩ ص ٤٦١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٩١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٠٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ .

سواء عفا عن القتل أو لم يعف ، وعليه في ذلك القصاص ؛ لأن الجاني يستفاد له ومفه وتعمل جراحاته ما لم يقتل^(١) .

٣٨٣ - (ثانياً) حكم ما دونه القتل :

إذا وجب على الجاني قصاص متلف فيما دون النفس ، كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجاني غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص في حدود ما يستحقه فقط ، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المائل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المائل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعمله بالقصاص . أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع ؛ لأن الجاني معصوم في حقه ولم يهدر إلا للمجنى عليه أو وليه .

وإذا قطع المستحق طرفاً من الجاني في الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجاني منه فلا يسأل المستحق عن الموت ؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مآذون فيه ولا يعتبر جريمة وما تولد عن مباح فهو مباح ، فضلاً عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لابد منها ، فلو حمل منفذ العقوبة النتائج التي تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت باعتباره قاتلاً شبه متعمد ، وحجته أن الفعل المآذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئوليته^(٢) .

أما مالك فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص في الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للمصاحبة العامة ، مع التسليم بأنه صاحب حق في القصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٥ — المدونة ج ١٦ ص ٢٢٢ — المغنى ج ٩ ص ٣٩١

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧ -

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمبدأ العام عند مالك أن سرية القود غير مضمونة أى : لا يترتب عليها مسئولية جنائية ، وعلى هذا فإذا اقتصر شخص لنفسه في طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السرية ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة^(١).

وما ذكرناه عن أحكام العفو في القتل وحالاته المختلفة ينطبق على العفو عن القصاص فيما دون النفس وليس ثمة ما يدعو لتكراره هنا .

٣٨٤ - (سابقاً) السارق : كل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يعتبر غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما ماعدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها ، وعلّة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير ، ولهذا كان القطع واجباً لاحقاً ، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلاً .

ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشريعة عليه ، فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته ، ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع باعتباره مفتاناً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب^(٢).

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك ، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع^(٣).

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٣٤٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت إلا إذا كان مسئولاً عن القطع ، فإن كان مسئولاً عن القطع فهو مسئول عن قتله عمداً وإن لم يكن فلا مسئولية ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو فضلاً عن أن استعمال الحق عند أبي حنيفة مقيد بشرط السلامة . أما القطع للسرقة فواجب ؛ لأنه حد وإقامة الحد واجبة على كل فرد ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلاً عن أن الضرورة تقتضي التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تعطل إقامة الحدود^(١)

ويشترط الشافعية في القاطع أن لا يكون مهدرًا تطبيقاً لقاعدتهم الخاصة وهي أن غير المعصوم معصوم على أئداده ، وهي قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على الجنى عليه في السرقة ، ويعتبرون القطع حقاً للمجنى عليه وهو رأى مرجوح^(٢) .

الفرع السادس

في حقوق الحكام وواجباتهم^(٣)

٣٨٥ - واجبات الحكام : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة ، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ - انجر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

(٣) للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد وعليهم كل الواجبات التي سبق بيانها ، ولكنهم بصفتهم حكماً لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر ، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التي يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التي يحملونها .

العموميون على اختلاف درجاتهم كل فيما يختص به . فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً ولو كان الفعل الذي قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة ، فالقتل مثلاً محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة ؛ لأن العقوبة ليست عدواناً ؛ ولأن من واجب القاضي أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها ، والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين ، ولا مسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلاً ؛ لأن الحكم واجب على القاضي والتنفيذ واجب على المنفذ ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه .

والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل . أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لاحق له فيه ، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة إقامة الحدود ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن إقامة الحدود واجبة ، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدي إليه من تلف ؛ لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ؛ ولأنه لا بد للمكلف بالواجب من إتيانه ، فمن أقام حد الزنا على محصن فضرره مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت ، فإذا تعدت الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً في الحالين ، وهو مسئول عن الزيادة في الحالين ولو لم يؤد الضرب للموت . وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام ، فإذا كان عالماً بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتصر منه في كل ما تعمله من

جور فجار به على الناس ، فإذا قتل إنساناً قتل به ، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع^(١) .

وكا يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه ، لكنهم اختلفوا في ضمان الخطأ ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته ؛ لأنه ضمان وجب بخطئه فمسئوليته عنه كمسئولية أى مخطيء . ورأى البعض أن ضمان الخطأ في بيت المال لأن خطأ الإمام يكثر فلو وجب الضمان في ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلاً عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه^(٢) .

ويطبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة في التعازير ، فيروز أن لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزز إنساناً إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه ، سواء كانت العقوبة في ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام ، أو كانت غير مهلكة كالجلد ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه ، ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها عليه ، وأن التعزير واجب لحفظ سلامة الأفراد وصيانة نظام الجماعة والواجب غير مقيد بشرط السلامة إذا أداه المسكلف به في حدوده المشروعة ولم يعتمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ في أدائه^(٣) .

أما الشافعي فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عززه فمات أو كانت العقوبة التعزيرية هي الموت ؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ - الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

عن العقوبة كما أن من حقه اختيار العقوبة للملائمة للجريمة والمجرم ، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك فكان مشروطاً بسلامة العاقبة فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلاً فهو مسئول عن ضمان الجاني .

ويدخل في التعزير عند الشافعي حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة ، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولاً ؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة .

ويحتاج الشافعي في ترتيب المسؤولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن علياً - رضي الله عنه - قال : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر فإن رسول الله لم يسنه لنا . كما يحتاج بأن علياً أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففرغت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته ، ويحتاج أيضاً بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير التعزير واجباً في كل حال ، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة في جرائم التعزير^(١) .

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدأ الذي تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعي ، ولكن رأى الشافعي يؤدي إلى مبدأ اجتماعي صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذي يموت في أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته ، ولا شك أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة

٣٨٦ - مقوّم المحكام : - للحكم في الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق

ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد ، واستعمال هذا الحق يؤدي إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ١٠٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٨

وذلك الواجب في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء : ٥٩]
 وحق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق ، فليس لأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة ، وليس لمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف . وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لَا طَاعَةَ لَخُلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ » وقوله : « مَنْ أَمَرَكَ مِنَ الْوَلَاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ فَلَا تَطِيعُوهُ » .

فأمر الحاكم في الشريعة لا يخلو المأمور من المسؤولية ولو كان المأمور موظفاً . وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل يخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذي أتاه ، لأن أمر الرئيس في هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته ، لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه ، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته .

وإذا كان الفعل محرماً ولو لكان المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقداً أنه غير محرم فلامسؤولية على المأمور لحسن نيته بشرط أن يكون الفعل داخل في اختصاص الأمر ، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية^(١) . وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلأهما مسئول جنائياً عن الفعل ، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسؤولية ولو كان الإكراه ملجئاً ، إذ الأصل في الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكروه من العقوبة . وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبي لا يعفى منها من باب أولى . والواقع أن الشريعة لا ترى في مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر يخالف للشريعة .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها -

شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠

(٣٦ - التشريع الجنائي الإسلامي)

وإذا كان الأمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به وكان المأمور لا يعتقد حله
ثم نفذه بالرغم من ذلك فإن عليه المسؤولية دون الأمر .

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندي فصفة المأمور
لا تحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الأمر لا تنبئ له أن يأمر بما ليس من حقه .

٣٨٧ - بين الشريعة والقانون : وحكم الشريعة فى حق الأمر وواجب
الطاعة يتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين
من تفرقة بين حالة الجندي وغير الجندي ، فإنها لا تسمح للجندي بمخالفة أوامر
رؤسائه . فيما هو ظاهر أنه من اختصاصهم ، بينما تسمح لغير الجندي بمخالفة أمر
رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون . والشريعة لا تقبل هذه التفرقة ؛
لأنها تحرم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جندياً
أو غير جندي ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية لأنها
تشجع المرءوس على قول الحق ، وعلى سلوك السبيل السوى ، وتجعل الرئيس
فى حالة عجز عن مخالفة التشريع ؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره ، وفى ذلك خير ضمان
للمحكومين والحاكمين على السواء .

المبحث الثانى

أسباب رفع العقوبة

٣٨٨ - ما يرفع العقوبة : ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى :
(١) الإكراه (٢) السكر (٣) الجنون (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلاً يحرمه الشارع ويعاقب
عليه ، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله ، فأساس

الإعفاء من العقوبة صفة قائمة في شخص الفاعل . بعكس الأمر في أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة في الفعل لا تجعله محرماً ، وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة وبين أسباب الإباحة بأن الإعفاء يرجع لصفة في الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة في الفعل .
وسنخصص فيما يأتي مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة .

الفرع الأول

في الإكراه

٣٨٩ - تعريف الإكراه : - يعرف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره . وبأنه فعل يوجد من المكروه يحدث في المحل، أى المكروه معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه . وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء^(١) . ويعرفه البعض بأن ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢) . ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكروه قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه^(٣) .

٣٩٠ - أنواع الإكراه : - الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ١٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرمل ج ٣ ص ٢٨٢ .

التلف عادة كالجلس والقيد لمسدة قصيرة ، والضرب الذى لا يخشى منه التلف
ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(١) .

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع
والإجارة والإقرار فلا تأثير له على الجرائم .

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ،
فمن أكرهه على جريمة زنا مثلاً ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم
رضاه ويفسد اختياره ، والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ورأيهم مرجوح أن الإكراه يقتضى
شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبهه ، وأن التوعد
بالعذاب لا يكون كرهاً ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه
الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت
روحه تزهق أجابهم ما طلبوا فاتتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل
يمسح الدموع من عينه ويقول : « أخذك المشركون ففطوك فى الماء وأمروك
أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون
أيضاً بما قاله عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمعه أو ضربته
أو أوثقته . فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكروه
فيحمله على إتيان ما أكرهه عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل
الذى يأتیه المكروه فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم^(٢) .

ويرى أصحاب رأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة
والشافعى ، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً
إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ٨٠ .

(٢) المفتى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٠ .

فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكروه عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلاً^(١)

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ، ويصح أن يكون معنوياً ، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعاً ، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

٣٩١ - شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر الفاعل مكرهاً :

أولاً : - أن يكون الوعيد ملجئاً - أى مما يستتضر به ضرراً كبيراً - بحيث يعدم الرضاء كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين وتقدير الوعيد الذى يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكروه عليها ، فقد يكون الشيء إكراهاً فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عددة أسواط والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة ، والبعض قد يرحب بمكثته فى السجن أمداً طويلاً ، والبعض قد يضار ببقائه فى السجن ليلة واحدة ، والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يعتبر إكراهاً فى جريمة القتل ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراهاً ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجهه يكون إخراجاً بصاحبه وعذالة وشهرة فى حقه .

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ .

٢٨٣ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

والتهديد بالثشم والسب والقذف ليس إكراهاً باتفاق^(١).

وأمر صاحب السلطان يعتبر في ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد إذا كان المفهوم أن جزاء الخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيد الطويلين . وأمر من لا سلطان له لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان للمأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الأمر قد اعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره^(٢).

وأمر الزوج لزوجته في حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة ، فإن أطاعت وهي لا تخشى شيئاً من هذا فلا يعتبر الأمر إكراهاً^(٣).

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف ، فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(٤) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(٥) ، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب^(٦).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً فإن كان المال يسيراً فلا إكراه ، وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير

(١) المغني ج ٨ ص ٢٦١ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ - أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٦) الإقناع ج ٤ ص ٤ .

يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر^(١).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه ؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً ، وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفي عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتضر بإتلافه ضرراً كبيراً^(٢).

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الفاعل مكرهاً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه ؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع فلا يعتبر أن التهديد هو الذى حمل على الفعل بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته^(٣).

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال^(٤) يوشك أن يقع إن لم يستجب المكروه فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه ، لأن المكروه لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل ، ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالاً أو غير حال إلى ظروف المكروه وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة .

(١) . واهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — الإقناع ج ٤ ص ٤ المغنى ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) . البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ .

ثالثاً - أن يكون المكروه قادراً على تحقيق وعيده ، لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكروه قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه . ولا يشترط في المكروه أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف ؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكروه .

رابعاً - أن يغلب على ظن المكروه أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به ، فإن كان يعتقد أن المكروه غير جاد فيما أوعده به ، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك فإنه لا يعتبرها مكرهاً . ويجب أن يكون ظن المكروه مبنياً على أسباب معقولة .

٣٩٢ - حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم ، ففي بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر ، وفي بعضها ترتفع المسؤولية الجنائية ويباح الفعل ، وفي بعضها تبقى المسؤولية الجنائية وترتفع العقوبة ، فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع :

- (١) نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به .
- (٢) نوع يبيحه الإكراه فلا يعتبر جريمة .
- (٣) نوع يرخص به الإكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه .

٣٩٣ - الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجئ لا يرفع العقوبة على المكروه إذا كانت الجريمة التي ارتكبها قتلاً أو قطع طرف أو ضرباً مهلكاً^(١) وحجتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾ التي حرم الله إلا بالحق ﴿ [الأنعام : ١٥١] ﴾ وقوله : ﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بِهْتَانًا وَإِنَّمَا مَبِينَا ﴾ [الأحزاب : ٥٨] ويعلمون عقاب المكروه بأنه قتل الجنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه معتقداً أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكروه .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٧ .

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكاً ، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدي إلى خطر جسيم ، ولذلك يتشددون في هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة في هذه الجرائم . ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره^(١) . وفي مذهب الشافعي رأيان أرجحهما يرى القصاص والثاني يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص^(٢) وفي مذهب أبي حنيفة^(٣) . اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التي يراها الشارع ملائمة ، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة في عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تتفق تماماً في النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية ، وهم الدين يرون أن في حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان ، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذي يتهده ، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير ، ولا يرون العقاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع ، أما إذا تساوت المصلحتان أو ضحى بأكبرها قيمة فيرون عقاب الفاعل^(٤) . وقد طبقت هذه النظرية في انجلترا في حادث ملخصه أن يخنق غرق ونجما من ركابه القبطان وآخر وخادم ، واستقلوا قارباً للنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوماً يقاسون أشد الآلام ، وبعدها اتفق القبطان ورفيقه

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - المغنى ج ٩ ص ٣٣١ - الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٧ - المهذب ج ٣ ص ١٨٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٤) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ .

على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فحكم عليهما بالإعدام
ثم استبدل بالإعدام الحبس .

٣٩٤ - الجرائم التي يباح فيها الفعل : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية
في كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه في حالة الإكراه كأكل الميتة وشرب الدم ،
لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام :
١١٩] ولقوله : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة : ١٧٣]
فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم في غير حالة الإكراه ، ولكنه يباح إذا
أكره الإنسان عليه ، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل ولو أنه محرم أصلا ،
لأن التحريم يزول بالإكراه ، بل إن المكروه ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقاً
للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكروه ؛ لأنه يلقي بنفسه في التهلكة بامتناعه
وعدم مطاوعته^(١) .

ويشترط في الإكراه الذي يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون
إكراهاً ملجئاً ، فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه .
ويمكن معرفة الأفعال التي يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة
النصوص التي حرمتها ، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهي من
هذا النوع ، وإن لم تكن أحلتها فهي ليست منه . وعلى كل حال فهذه
الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب
الدم والنحاسات .

ويختلف الفقهاء في شرب الخمر فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون أن
الإكراه يبيح الفعل ، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها - مواهب الجليل

الفعل فيظل الفعل محرماً على أصله . ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف أى لانعدام الاختيار^(١) .

مسئولية المحرمة المبرئة عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن فعل مباح ، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل ، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنياً عن الجريمة فى ذاتها ، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضرراً بالغير ، فليحتمل الخنزير مثلاً محرم أصلاً ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم ، ولا يعتبر تناوله جريمة ولا مسؤولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا اشترى اللحم أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق والواقع أن المسؤولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم وإنما هى عن الغصب أو السرقة فكلأها جريمة لا يعاقب عليها للإكراه ، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسؤولية المدنية عن هاتين الجريمتين .

٣٩٥ - بين الشريعة والقانون . وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية

فى أنها تجعل الإكراه مبيحاً لبعض الأفعال المحرمة ، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلاً ؛ لأن فى إتيانها ضرر بمن يأتيناها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة ؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شىء ، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل للمصلحة الغير ، فكان من العدل أن يتباح إذا أدى تحريمها للإلحاق ضرراً كبير بالفاعل أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمه التحريم ، أما ما عدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أنها مختاراً فإن

(١) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٥ ص ٣١٨ وتبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٢٧

الفعل يمس مصلحة الغير ، فأساس التحريم قائم في حالتي الإكراه والاختيار ، ومن ثم بقي الفعل جريمة في الحالين ، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكروه فقد رفعت عنه عقوبة الفعل للإكراه .

ولعل منطق الشريعة في هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التي تسوى في الحكم بين الجرائم جميعاً وإن اختلف أساس التحريم فيها . فالقانون المصرى مثلاً يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة^(١) والحكمة في تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيمرض الآكل ، فإذا اضطر الجوع إنساناً لياً كل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلاً المحافظة على حياة الآكل ، وبالرغم من أن تحريم الفعل في حالة الاضطرار يؤدي إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم في هذه الحالة منعدمة . وهكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة في جانب الشريعة .

٣٩٦ - الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة في كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق مع بقاء الفعل محرماً على أصله ، وعلة ذلك أن المكروه لا يأتي الفعل راضياً عنه ولا مختاراً له اختياراً صحيحاً ، والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركاً مختاراً ، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل . فالسبب في الإعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل في ذاته ، ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقي الفعل محرماً .

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكروه أن يكون الإكراه تاماً ، فإن كان ناقصاً لم ترتفع العقوبة ، ويستوى أن يكون الإكراه التام مادياً أو معنوياً .

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات .

ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة وإتلاف مال الغير ، فهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً ، لقوله تعالى : ﴿ لا آمن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل : ١٠٦] ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » .
واختلف الفقهاء في زنا الرجل فقال أبو حنيفة أولاً : إن الرجل لا يزني إلا منتشرراً ، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار ، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبة ، ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي ؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولية لا دليل الاختيار ^(١) . وفي مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى رأى أبي حنيفة الأول ولكنهم قلة ورأيهم مرجوح ، والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا ؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار ^(٢) .

أما المرأة المكروهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد . ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أي أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المادى وبين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوى ، ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فلما رفع أمرها لعمر استشار علياً رضي الله عنهما فأفتى على بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله تعالى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

(٢) مواهب الجليل ٥٥ س ٢٩٤ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٩١ - المغني ج ١٠ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

﴿ فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فلم يعاقبها عمر .

حكم المسؤولية المدنية : يسأل المكره مدنياً في هذا القسم عن الأضرار التي أصابت غيره من الجريمة التي ارتكبها ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة—أى أن الاعتداء عليها محرم—وأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل—أى أن ما اعتبره الشارع عذراً للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم—فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التي سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر .

وتتفق الشريعة في هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عن ارتكاب جريمة ألبأتها إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى (١) .

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولاً مدنياً عن الأضرار التي أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة .

٣٩٧- أساس نظرية الإكراه فى الشريعة : بينا فيما سبق أساس حالة

الإكراه المبيح للفعل ونبين الآن أساس ماعذاه من حالات الإكراه . والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقاً وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين : إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره . وإذا كانت المسؤولية الجنائية تقوم على اختيار فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار ، ولا يعتبر الاختيار منعدمًا إذا انحصر وضاق مداه على

(١) راجع المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

الوجه السابق ؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أى حال .
والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره ، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه ، وكلاهما أمر تأباه الشريعة ، فهي تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة ، فالمكره حين يختار إنما يختار بين مجرمين أو بين ضررين وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة : أولاها : إن الضرر لا يزال بالضرر ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر بمثله ، فليس له أن يدفع الفرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر وهكذا . وثانيتهما : إن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين فيجوز للإنسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد ، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما . فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكره أن يأتي من الأمرين أمرا واحدا بعينه ، فإذا أتاه فهو لا يختار في الواقع وإنما يضطر إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا ونزولا على حكم الشريعة ثانيا ، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتي الضرر سألني الذكر فتقدم المسؤولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة . أما إذا خالف حكم قاعدتي الضرر ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا الاختيار لا يعدم المسؤولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا .
وقد جاءت أحكام الإكراه في الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق ، فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه أو ضربه ضربة مهلكة فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما يؤدي إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك ، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشد منه فإذا فعل ذلك فقد اختار وهذا الاختيار على ضيق مداه لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك . أما ما عدا هذا

من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس ، فإذا ارتكب المجرم الجريمة لينجى نفسه من الهلكة فإنه لا يدفع الضرر بمثله ، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ، ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة ، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له في إتيانها أو تركها ، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة .

٣٩٨ بين الشريعة والقوانين الوضعية : — هذه هى نظرية الإكراه فى الشريعة ومن له الإمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداها النظرية الشخصية والثانية النظرية المادية ، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما ، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المجرم فى الاختيار ، أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا وأن فكرة توفر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه والصحيح عندم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين ، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما مادام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه ، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال ؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة ، ولأن المجرم لا يعتبر خطرا ، وهو تعليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على أساس قانونى ^(١) .

٣٩٩ الإكراه والضرورة : — ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم ، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل ، ففي الإكراه يدفع

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٦ وما بعدها .

المكروه إلى إتيان الفعل شخص آخر بأمر المكروه بإتيان الفعل ويحبره على إتيانه أما في حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل في ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم ؛ لينجى نفسه أو غيره من الهلكة ، كمن يركب مع آخرين قارباً مملوءاً بالأمّعة يكاد يفرق لثقل حملته فإن نجا الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمّعة التي تنقله في الماء ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد ، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك ، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم ، ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل ناراً في حطب آخر ليستدفئ أو أشعلها له غيره . ففي كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره في حالة أو في ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو لإنجاء غيره من الهلكة .

٤٠٠ - شروط هاتئ الضرورة : - يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة

شروط :

١ - أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .

٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه .

٣ - أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاماً .

٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

٤٠١ - **حكم ماله الضرورة** : - **يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة** ، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة ، وجرائم تبيحها الضرورة وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة .

٤٠٢ - **الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة** : - ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس المضطر بأي حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجي نفسه من الهلكة ، فإذا كان جماعة في قارب مشرف على الفرق لتقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقي غيره في الماء ليخفف حمولة القارب ولينجي نفسه وغيره من الهلكة ، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذي يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم ، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب في أكثر الأحوال .

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان في حالة الضرورة ولو كان مهدراً ، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدراً فليس له أن يأكل من لحمه ما يرد جوعه سواء كان المهدر حياً أو ميتاً ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة^(١) .

ويجيز الشافعي وأحمد أكل لحم المهدر في حالة الضرورة سواء كان المهدر حياً أو ميتاً ، ويوافقهما في هذا بعض الحنفية بل يبيح الشافعي وبعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم في حالة الضرورة ؛ لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت^(٢) .

ويبيح الشافعي المضطر أن يقطع من جسمه فلذة لياكلها في حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع^(٣) ، ويخالفه في هذا بقية الفقهاء .

وليس المضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته ؛ لأنه أحق به حيث

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦

(٢) المغني ج ١١ ص ٧٩ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

يساويه في الضرورة وبنفرد بالملك ، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته
ويعتبر قاتلا له بغير حق^(١) .

والمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن في حاجة إليه ، وإن
احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه ، فإن قتل المضطر قاتله مسئول جنائيا عن قتله
ولا يعتبر في حالة دفاع ، وإن قتل المضطر فهو هدر ؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبهه
الصائل . وليس للمضطر أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء
أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء في الثمن ؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا
ثمن المثل^(٢) ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، ولا يختلف عن رأى
أبي حنيفة إلا في أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح^(٣)

٤٠٣ — الجرائم التي تبيحها الضرورة : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت
الشريعة تنص على إباحتها في حالة الضرورة ، وهذا النوع من الجرائم خاص
بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات ، فهذه
الجرائم وأمثالها يباح إتيانها في حالة الاضطراب باتفاق ، وبشرط أن يقتصر
الفعل المحرم على القدر الذي يسد الضرورة ، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة
فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأى ، أو بقدر
ما يشبعه على رأى آخر ، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت
الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعاً في صحراء^(٤) .

(١) المغني ج ١١ ص ٨٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) المغني ج ١١ ص ٨٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٤

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٣٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ —

المغني ج ١١ ص ٧٣ .

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة ، بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة^(١)

وقد اختلفوا في إتيان الفعل المحرم الذي يباح للضرورة ، فقال البعض ورأيهم الراجح : إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حفا له ، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [البقرة : ١٩٥] وقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيم ﴾ [النساء : ٢٩] فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيى نفسه ، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها ، فإتيان الفعل حق لا واجب^(٢).

٤٠٤ — الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها : - وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما ، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب ، وإلقاء أمتعة الركاب في البحر إذا أشرف المركب على الفرق .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن لا يأتي المضطر الفعل إلا بالقدر الذي يدفع الضرورة ، فليس للجائع أن يأكل من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ، وليس له أن يأخذ معه شيئا ، وليس لراكب القارب المشرف على الفرق أن يلقي من أمتعة الركاب إلا بالقدر الذي يمنع غرق القارب .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة ، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء ، فمن يسرق أمتعة من آخر لبيعها ويشتري بثمنها

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ - المغني ج ١

ص ٧٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٨ .

طعاما لا يستطيع أن يدعى أنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة ، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن السرقة تؤدي مباشرة لدفع الضرورة .

٤٠٥ - حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة : - حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة هو حكمها في حالة الإكراه فالمضطر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا .

٤٠٦ - الأساس الشرعى لحالة الضرورة : - الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه ، وفي حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء ، وفي حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم ، وفي حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقيق الإلجاء وانعدام الاختيار ، وقد فصلنا القول فى ذلك كله أثناء الكلام على الإكراه .

الفرع الثانى

فى السكر

٤٠٧ - الشرب والسكر : تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر ، وتعتبر جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة .

وإجماع الفقهاء فيما عدا أبو حنيفة وأصحابه على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمي خمر أو كان له اسم آخر ، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر ، ولكن بأباحتهم يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات ، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر ، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا .

والخمر في رأى أبى حنيفة هي عصير العنب النىء^(١) إذا غلا واشتد وقذف زبده^(٢) ، أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ . أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر^(٣) لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه .

والخدرات على اختلاف أنواعها كالخشيش والداتورة وما أشبه لها حكم المسكر ، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد ؛ لأنه ورد في الخمر والسكر ، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس ، والمتفق عليه أن عقوبة تناول الخدرات هي التعزير .

تعريف السكر :- ويعرف السكر بأنه : غيبة العمل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر^(٤) . ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا ، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهو رأى أبى حنيفة^(٥) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان ، وحجتهم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٣٤] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة^(٦) .

٤٠٨ - السكر والمسئولية الجنائية - رأى الراجح فى كل من المذاهب

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ .

(٢) عصير العنب النىء خر عند محمد أبى يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٣) المفنى ج ١٠ ص ٣٢٧ .

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبى حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع

الخدرات .

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٦) المفنى ج ١٠ ص ٢٣٥ .

الأربعة^(١) أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرهاً ، أو تناول المسكر مختاراً وهو لا يعلم أنه مسكر ، أو شرب دواء للتداوى فأسكره ؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه .

ويلحق بالإكراه حالة الاضطراب ، فمن شرب الخمر مثلاً وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها ؛ لأنه مكره على تناولها . أما من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر ، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه ، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها أثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ، ويعاقب بعقوبتها ؛ لأنه أزال عقله بنفسه ، وبسبب هو في ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له ، فضلاً عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضي إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شيء . وفي كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح^(٢) بل مهجور وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختاراً أو مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ؛ لأن عقله كان زائلاً وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركاً ، والإدراك أساس المسؤولية الجنائية فإذا فقدت انعدمت المسؤولية ، ومصدر هذا الرأي عثمان رضى الله عنه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب ولكنه كما قلنا رأى مهجور .

٤٠٩ - السكر والمسئولية المدنية : يسأل السكران مدنياً عن فعله ولو أعفى

من العقاب لسكره ، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقاً للقاعدة العامة فى الشريعة ، والأعذار

(١) المفتى ج ٩ ص ٣٠٨ و ج ١٠ ص ٣٢٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٧ تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٢٧ - تحفة المحتاج - ج ٤ ص ١١٨ - المذهب ج ٢ ص ٨٢ ، ١٨٥ ، ٢٠٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ .
(٢) المراجع السابقة .

الشرعية لا تبيح عصمة الحل ، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من مسئوليته مدنياً عن تعويض الأضرار التي سببها للغير ؛ لأن عدم الإدراك إذا صاحبه سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الدماء والأموال.

٤١٠ - الشريعة والقوانين : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء في الشريعة ، وينقسمون أيضاً قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأى المرجوح في الشريعة من أن السكران لا يعاقب في أى حال على ما يرتكبه من الجرائم ، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأى الراجح في الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره .

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأى الراجح في الشريعة الإسلامية ، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها .

الفرع الثالث

الجنون

٤١١ - تعريف : تعتبر الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسئولاً مسئولية جنائية إذا كان مدركاً مختاراً ، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان ، ومعنى الإدراك في المكلف أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك .

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية وقد يولد متمتعاً بهذه القوى ، وقد تنمو قواه العقلية مسيطرة نمو جسمه ، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو

عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوار نموه وتظل القوى العقلية باقية في أطوارها الأولى وقد يبلغ الإنسان رشيداً متمكناً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها ، ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان . وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمرأ ويسمونه جنوناً مطبقاً . وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً . وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك في موضوع بعينه ، ولكنه يظل متمكناً بالإدراك فيما عداه ، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئي . وقد لا تفقد القوى العقلية تماماً ، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادي ، فلا ينعدم الإدراك كلية ، ولا يصل في قوته إلى درجة الإدراك العادي للأشخاص الراشدين ، وهذا ما يسمونه بالعتة أو البله . وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلاح على تسميتها بأسماء معينة ، ولكنها جميعاً تقوم على أساس واحد هو انعدام الإدراك في الإنسان ، وحكم هذه الحالات جميعاً واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها ، وهو أن المسؤولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك فإذا لم ينعدم فالمسؤولية قائمة .

٤١٢ - تعريف الجنون : ونستطيع بعد ما سبق أن نعرف الجنون : بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون والعتة وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك ، وسنبين فيما يلي حالات الجنون وما يلحق بها .

٤١٣ - الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذي لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلي المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته ، ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات الجنون ، وإما لكونه جنوناً كلياً لا يفقه صاحبه شيئاً ، ويعبر بعض الفقهاء عن الجنون جنوناً مطبقاً بالجنون المغلوب ، ولكن البعض يرى أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كلياً بحيث

لا يعقل شيئاً ما ، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر .

٤١٤ - الجنون المتقطع : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً ، ولكنه جنون غير مستمر ، فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى ، فإذا أصابه فقد عقله تماماً ، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار . فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده فلا يكون مسئولاً جنائياً ، فإذا انقشع عنه عاد له الإدراك وصار مسئولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته ، بعكس الجنون جنونا مطبقاً ، فإنه لا يسأل جنائياً ؛ لأن جنونه تام ومستمر .

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية ، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً فى حالة أو فى حالات معينة ، ولكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك ، فحكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى .
وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه .

٤١٥ - الجنون الجزئى : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير الجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحي فقط مع بقاءه متمتعاً بالإدراك فى غيرها من النواحي ، فهذا هو الجنون الجزئى .
والجنون جزئياً مسئول جنائياً فيما يدركه ، وغير مسئول فى النواحي التى ينعدم فيها إدراكه .

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعاً ينتاب المريض حيناً ويرتفع عنه حيناً آخر ، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته . وقد يكون الجنون الجزئى مستمراً ، ويسمى البعض الجنون فى

هذه الحالة بالجنون المغلوب ؛ لأنهم يرون أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان كلياً أو جزئياً ، والتسمية على كل حال لا أهمية لها ؛ لأن العبرة في انعدام المسؤولية بفقد الإدراك لا بالتسمية ، فالجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه .

٤١٦ - العته : يعرف الفقهاء المعتوه بأنه : من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئاً من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه ، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون ، ويمكن القول بأن الجنون يؤدي إلى زوال العقل أو اختلاله . أما العته فيؤدي إلى إضعافه ضعفاً متفاوتاً درجاته ، ولكن إدراك المعتوه أياً كان لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين .

وأكثر الفقهاء يسمون بأن العته نوع من الجنون وبأن درجات الإدراك متفاوتة في المعتوهين ولكنها لا تخرج عن حالة الصبي المميز ، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبي غير المميز وبعضهم كالصبي المميز ، وأصحاب هذا الرأي لا يجعلون فرقاً بين الجنون والعته إذا كان المعتوه في أقل درجات التمييز ، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة .

وسواء صح هذا الرأي أو ذاك فهي مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى ؛ لأن فاقد الإدراك معنى من العقاب سواء سمي معتوهاً أو مجنوناً أو كان له اسم آخر .

٤١٧ - الصرع والهستيريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها . وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة ، ولعل السر في ذلك أن العلوم النفسية والطبية

لم تكن وصلت إلى ما هي عليه اليوم من التقدم ، لكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة .
والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار ، وقد يرتكب وهو في هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته .

والمصاب بالهستيريا تنتابه حركات تشنجية فإذا عاودته راح يهذى دون وعى ، والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها .

وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا في درجة إدراك المعتوه ، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك ولحكمهم فاقدى الاختيار فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم .

٤١٨ - تسلط الأفكار الخبيثة : ويلحق بالجنون ما يسونه في عصرنا الحاضر تسلط الأفكار الخبيثة وهي حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة ، ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة ، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة في إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة ، كمن يعتقد أنه مضطهد ، أو أن أناسا يريدون قتله أو تسميمه ، فيشعر بالرغبة الجارحة في قتل من يتوهم أنه يريد قتله أو الانتقام منه ، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فكرة متسلطة عليه .

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالجائنين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدوا الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا .

٤١٩ - ازدواج الشخصية : هي حالة مرضية نادرة تصيب الانسان

فيظهر في بعض الأحيان بغير مظهره العادى ، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملاحظته ويأتى أعمالا ما كان يأتىها وهو فى حالته العادية ، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئاً مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية .

وحكم هذه الحالة أنه يعتبر مجنوناً إذا لم يدرك ما يفعل ؛ لأنه كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل .

٤٢٠ - ضعف التمييز : هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل ، وهم على ضعف إدراكهم سريعوا الاندفاع ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم ، وهذا الإدراك الناقص نوعاً لا يعنى من العقاب طبقاً لقواعد الشريعة العامة ، وهو كذلك لا يعنى من العقاب فى القوانين الوضعية . ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة باعتبار الفاعل معذوراً ، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة ؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم . ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير ، أما جرائم الحدود والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها .

٤٢١ - الصمم البكم : الصمم البكم مسئولون جنائياً عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها ، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن اعتبارهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصمم البكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقرروا بالجريمة ؛ لأن الصمم والبكم شبهة ؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها ؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود . ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى

أبى حنيفة ، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن في الإشارة شبهة ولا يرون درء الخلد عنه للصمم والبكم .

٤٢٢ - المركز النومية : يأتي بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ، ويفلب أن تكون الحركات التي يأتي بها النائم ترديدا للحركات التي اعتاد أن يأتيها في اليقظة ، ولكن يحدث أن يأتي بحركات مخالفة لاعلاقة لها بالحركات التي يأتيها وهو متيقظ .

ويعلمون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لا تتأثر بنومه بل يهجم بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة ، ويحدث عند من تتنبأهم هذه الحالة أن تنبئهم فيهم بغض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدي وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك ، فيتحرك أو يكتب أو يأتي أعمالا أخرى ، ثم تزول حالة التنبيه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة مما حدث منه أثناء النوم .

والقاعدة العامة في الشريعة أن لاعتقاب على النائم ، لقول النبي عليه الصلاة والسلام : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق » وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحداً إلا أن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون ، ولعل الحكمة في هذا هي أن النائم المتيقظ يتمتع بالإدراك وإنما يفقد فقط الاختيار ، فهو يعمل ما يعمل دون أن يقصد عمله ، وهو وقت العمل لا يفقد إدراكه بدليل أنه لا يأتي أعماله اعتباطاً ويميز بين الضار والنافع ولا يأتي أعمالاً تضر به .

وشراح القانون الوضعي يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا ، وأن ميوله هي التي تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بقله .

ويلوح لي أن إلحاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون

حتى لو صح أن النائم يفقد إدراكه أيضا ؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره ، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يفتى عنه عقله ولا إرادته شيئا ، والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار ولكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية .

وليس ثمة فرق عملي بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذه المسألة بالرغم مما ذكرنا ؛ لأن الإكراه في الشريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون ، وحكم الإكراه والجنون في القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضا العقوبة ، فسواء اعتبرنا النائم مكرها أو مجنوننا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم أثناء نومه .

٤٢٣ — التنويم المغناطيسى : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة ، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل لتلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ، ولا يستطيع مقاومة إحاء الأمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة . ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى .

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعى ، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم التى يرفع فيها الإكراه العقاب ، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون ؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك وإنما يسلبه فقط الاختيار .

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى اعتبار التنويم المغناطيسى

إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون .

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغماً أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة ، أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام فإن النائم فى هذه الحالة يعتبر متعمداً ارتكاب الجريمة ، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعد على ارتكابها ، فهو مسئول عن فعله طبقاً لقواعد المسؤولية العامة ، وفى هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق .

٤٢٤ - **هياج العواطف** : إذا كان الإنسان متمتعاً بالادراك والاختيار ثم ارتكب جريمة فهو مسئول عنها جنائياً ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية ، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة ، فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول عن قتله ، ومن دفعه الحب الشديد لقتل إنسان ليخلصه من آلامه الشديدة فهو مسئول أيضاً عن قتله ، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيراً ، أما إذا كانت حدا فلا أثر للعاطفة على المسؤولية ولا على العقوبة .

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تعتبره الشريعة مبرراً لارتكاب الجريمة ولا مانعاً من المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيراً ، فإن كانت العقوبة حداً فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها .
ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسؤولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو فى حالة إكراه .

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير الحصن من العقوبة إذا قتل فى حالة التابس على أساس أنه كان فى حالة استفزاز وتهيج . ولكن رأى الراجح

أن علة القتل هي تغيير النكر وأن من يغير المنكر يؤدي واجباً عليه فالفعل مباح له (١) .

هذا هو أثر العواطف القوية على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، والقاعدة العامة في القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، ولكنها قد تصلح عذراً لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضي ذلك . على أن بعض القوانين تجعل من حالة الاستفزاز عذراً قانونياً كالقانون الفرنسي فإنه يجعل الاستفزاز عذراً قانونياً في جرائم القتل والضرب وكالقانون المصري يجعل التلبس بالزنا عذر للزوج الذي يقتل زوجته ومن يزني بها .

٤٢٥ - مكرم الجنون : يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان معاصراً للجريمة أو لاحقاً لها .

٤٢٦ - مكرم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجاني لانعدام الإدراك فيه . فالجنون لا يبيح الفعل المحرم وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل ، وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة ، ولا تختلف الشريعة في هذا عن القوانين الوضعية الحديثة ، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل ، ونص القانون المصري صريح في هذا ، فهو يقضى بأن لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة في العقل (٢) .

مسئولية الجنون المدنية : وإعفاء الجنون ومن في حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن فعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، ولأن

(١) تبصرة المحكام ج ٢ ص ١٦٩ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ - المغني ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون العقوبات .

الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة الحل ، فإذا كان الجاني له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير في تعويض الأضرار التي سببها له الجاني بفعلة ؛ لأن الفعل يظل محرماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة فإنه لا ينفي عن الجاني أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها. وما دامت هذه الأهلية متوفرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسؤولية المدنية وهي مسئولية مالية .

مدى مسئولية الجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن الجنون ضامن لأفعاله أى مسئول عنها مدنياً ، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضاً كاملاً ما دام الضرر ناشئاً عن عمله . ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا في مدى مسئولية الجنون المدنية في جرائم القتل والجرح . وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تكييف جرائم الجنون ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد الجنون خطأ ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً ، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ^(١) . أما الشافعي فيرى أن عمد الجنون عمد لا خطأ ، وأن الجنون يعفيه من العقوبة فقط ولا يؤثر على تكييف الفعل ؛ لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً^(٢) .

وللاختلاف على تكييف فعل الجنون أثره على التعويض الذي يلزم به الجنون ؛ لأن الدية في جرائم العمد مغلظة ويحملها العمد في ماله الخاص ، ولكن الدية في جرائم الخطأ مخففة وتحملها العاقلة مع الجاني أو عنه . ولما كان التعويض في جرائم القتل والجرح مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها ، ولذلك جعل الشافعي التعويض في مال الجنون لما اعتبره عامداً ؛ لأن المتعمد يحمل الدية في ماله ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - المغني ج ٩ ص ٣٧٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٣٤ .

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته ؛ لأنهم اعتبروه مخطئاً لا عامداً ولو جعلوا التعويض كله في ماله مع اعتباره مخطئاً لكان مركز المجنون في جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة .

٤٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون : - يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عن الشريعة في هذه المسألة ، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولاً مدنياً عن جرائمه ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل في ملاحظته ، ويعلمون بعدم مسئولية المجنون مدنياً بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة . وليس للمستول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله ، ولو أن القاعدة العامة أن المستول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير^(١) ، ويعلمون هذا الحكم بأن الخطأ خطأ المستول عن ملاحظة المجنون ؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التعسف

ونصوص القانون المصرى والفرنسى في المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية الخطأ *La faute* ، ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هي نظرية الخطر *La théorie du risque* تحاول أن ترحزح النظرية التقليدية عن مكانها ، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنياً عن تعويض الأضرار التي أحدثها من ماله الخاص ، وقد طبق القانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر ، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض ما أحدثه من ضرر في حدود قدرته على دفع التعويض ، والقانون السويسرى يبيح للقاضى أن يحكم على غير المستول

جنائياً بتعويض الضرر الذي أحدثه تعويضاً كلياً أو جزئياً، بل إن القانونين الألماني والسويسري يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذي أتاها من الأفعال التي يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطي المسكرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق. وذلك لأنه يوجد في هذه الحالة خطأ أصلي يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتبرير مسئوليته^(١). وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر وهي أحدث النظريات تتجه اتجاه الشريعة في مسئولية المجنون مدنياً بل هي نفس نظرية الشريعة، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا في القرن العشرين فقد عرقتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً وأكثر.

٤٢٨ - حكم الجنون الموصى للجريمة : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده :-

الجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولا يوقفها عند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة ، وليس في رأيهم هذا ما يسمى إلى مركز الجنون ؛ لأن محاكمة الجرمين في الشريعة محوطة بضمانات قوية ، ولعل أصحاب هذا الرأي كانوا متأثرين في رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أى شيء آخر، فالجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة ؛ لأن أثر الجنون ينحصر في إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه ، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها ، فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع مجرمهم من محاكمتهم ، فليس إذنه

ما يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء وإيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه ؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون قبل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون ، وأساس هذا الرأي أن شرط العقوبة التكليف ، وأن هذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجاني مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته .

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمة المجنون ، ولكن القانونين يعلانان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه ، وهذه العلة ظاهرة فى نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها « إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفي لدفاعه عن نفسه وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم .»

وعلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع وإنما هى عدم استيفاء شرط العقاب ، ولعل هذا التعليل أدق منطقاً من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع ؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان محاكمة الأخرس ولا الأصم ولا الأبكم ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماماً كالمجنون ، فضلاً عن أن حالاتهم أكثر طروراً فى العمل من حالة المجنون .

الجنون الطارئ بعد الحكم : إذا جن الجاني بعد الحكم عليه فبرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذاً الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار ؛ لأن للمحكوم عليه فى جرائم الحدود أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة

وبعد البدء في التنفيذ . فإذا رجع في إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا ، ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع في إقراره وكان من حقه أن يرجع في إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق الجنون . أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم . وأساس هذا الرأي أن العقوبة عن جريمة ارتكبتها مجرم مسئول وقت ارتكابها ، وأن العبرة في الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هي بحال المسكف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده^(١)

ويمكن تعليل هذا الرأي أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، فإذا تعطل جانب التأديب بجنون المحكوم عليه لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغي تعطيل جانب الزجر ؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة في تنفيذ العقوبة لزجر الغير .

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق الجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة الجنون وتحل محلها الدية ، ولكن البعض الآخر يرى في حالة اليأس من إفاقة الجنون أن يسلم الجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية^(٢) .

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على الجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم الجنون للتنفيذ عليه ؛ لأن هذا يعتبر بدءا في التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف للجنون . وإذا كانت العقوبة قصاصا فجن الجناني بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا^(٣) .

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما: أن شرط العقوبة

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٩ - المغنى ج ٩ ص ٣٧٧ — الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٠ .

تكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولاً مسئولية جنائية ، والعقوبة لا تكون إلا بالقضاء أى بالحكم بها فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكم . ثانيهما - أن الاستيفاء من تمام القضاء ، أى إن تنفيذ المحكوم به يعتبر متما للتقاضى ، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفاً فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة ، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم .

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا ، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية ، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله ولكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدنى . ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة ، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد

الفرع الرابع

صغر السن

٤٢٩ - محمد : تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة في العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزاً كاملاً ، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت ولكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرناً عليها تعتبر أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر .

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية ، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم

العلوم الطبية والنفسية ، ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطرأ عظيمًا لم تأت بعد مجديده لم تعرفه الشريعة الإسلامية .

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار في القوانين القديمة التي كانت تعاصر الشريعة عند نزولها، وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الروماني أساس القوانين الأوروبية الحديثة، فهذا القانون كان بحق أرق القوانين الوضعية كافة ، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود ، فقد كان يميز بين الطفل في سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسئولاً جنائياً إذا زاد سنه عن سبع سنوات ، ولا يجعله مسئولاً إذا قل سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير ففي هذه الحالة يكون مسئولاً جنائياً عن عمله ، وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية .

٤٣٠ - **المصغر والمسئولية الجنائية** . تقوم المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسيين . هما الإدراك والاختيار، ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التي يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذي يستكمل فيه ملكتي الإدراك والاختيار . والإنسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الإدراك والاختيار، ثم تبدأ ملكتنا الإدراك والاختيار في التكوين شيئاً فشيئاً حتى يأتي على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما ولكن إدراكه يكون ضعيفاً وتظل ملكاته تنمو حتى يتكامل نموه العقلي . وعلى أساس هذا التدرج في تكوين الإدراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية، ففي الوقت الذي ينعدم فيه الإدراك تنعدم المسئولية الجنائية ، وفي الوقت الذي يكون فيه الإدراك ضعيفاً تكون المسئولية تأديبية لا جنائية ، وفي الوقت الذي يتكامل فيه الإدراك يكون الإنسان مسئولاً جنائياً .

ويتبين مما سبق أن المراحل التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك ويسمى الإنسان فيها

بالصبي غير المميز . الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف ويسمى الإنسان فيها بالصبي المميز . الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد

٤٣١ - المرحلة الأولى : انعدام الادراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي

وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقاً ، وفي هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدماً في الصبي ويسمى بالصبي غير المميز ، والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحى والعقلى ، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الادراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصفار ، وقد كان هذا التحديد ضرورياً لمنع اضطراب الأحكام ، ولأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضي أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا ؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه .

ويعتبر الصبي غير مميز مادام لم يبلغ سنه سبع سنوات ولو كان أكثر تمييزاً ممن بلغ هذه السن ؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد ، وحكم الغالب أن التمييز يعتبر منعدماً قبل بلوغ سن السابعة ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً . فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه ولا يعزر .

ولكن إعفاءه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها ، فهو مسئول في ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره في ماله أو نفسه ، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسؤولية المدنية كما يرفع المسؤولية الجنائية ؛ لأن القاعدة الأصلية في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة .

٤٣٢ - المرحلة الثانية: الادراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي

السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً فإذا بلغ الصبي هذه السن اعتبر بالغاً حكماً ولو كان لم يبلغ فعلاً .

ويحدد أبو حنيفة شخصياً سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، وفي قول بتسعة عشر عاماً للرجل وسبعة عشر عاماً للمرأة ، والرأى المشهور فى مذهب مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، بل إن بعضهم يرى أن يكون تسعة عشر عاماً .

وفى هذه المرحلة لا يسأل الصبي المميز عن جرائمه مسئولية جنائية ، فلا يحد إذا سرق أو زنا مثلاً ، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتى من الجرائم ، والتأديب وإن كان فى ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية ، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديبياً أن لا يعتبر الصبي عائداً مهما تكررت تأديبه ، وأن لا يقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديبياً كالتوبيخ والضرب .

ويسأل الصبي المميز مدنياً عن أفعاله ولو أنه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التى ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبي غير المميز

٤٣٣ - المرحلة الثالثة : مرحلة الادراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبي سن

الرشد ، أى بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء ، أو بلوغه العام الثامن عشر على رأى أبى حنيفة ومشهور مذهب مالك .

وفى هذه المرحلة يكون الانسان مسئولاً جنائياً عن جرائمه أيا كان نوعها ، فيحد إذا أزنا أو سرق ، ويقتص منه إذا قتل أو جرح ، ويعزر بكل أنواع التعازير .

٤٣٤ - علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ : الأصل عند الفقهاء

جميعاً فى تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة :

الصبي حتى يحتمل ، والنائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق » ومعنى رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل هو جعل الاحتمال غاية لارتفاع الخطاب ، والأصل أن الخطاب بالبلوغ ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتمال ؛ لأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة ، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتمال .

وإذا كان البلوغ بالاحتمال فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتمال والإحبال والانزال ، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل ، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رؤى أى يحدد البلوغ بالسن ، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاماً للغلام والجارية جميعاً ، وحجتهم أن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في المسؤولية وبه قوام الأحكام ، وإنما جعل الاحتمال حداً للبلوغ شرعاً لكون الاحتمال دليلاً على كمال العقل ، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة ، فإذا لم يحتمل إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة في خلقته ، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل ، فكان العقل دائماً بلا آفة ووجب اعتبار الشخص بالتزامه الأحكام .

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاماً أو بتسعة عشر عاماً فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتمال فوجب بناء الحكم عليه ، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده ، وإنما يقع اليأس بهذه المدة ؛ لأن الاحتمال إلى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتمال عنه مع الاحتمال ، أى أنه مادام الاحتمال مرجواً وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتمال عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

ويتبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة في سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التي يغلب فيها ظهور علاماته ، أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثماني عشرة أو التسع عشرة فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التي يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ ، ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه فحكم الحيض مثلاً لازم في حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض ، والتفريق بين العنين وزوجته لا يجوز مادام طمع الوصول إليها في فصول السنة المختلفة ثابتاً فإذا انقضت السنة وهو على حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق ، وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الاسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم .

٤٣٥ - عقوبة الصبي غير المميز : عقوبة الصبي غير المميز هي كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية ؛ لأن الصبي ليس من أهل العقوبة . ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الصبيان وترك لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذي يترأى له ، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية .

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبي في كل زمان ومكان ، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ ، أو التسليم لولى الأمر أو لغيره ، أو بوضع الصبي في إصلاحية أو في مدرسة ، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة ، إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأديب الصبي وتهذيبه ، وإبعاده عن الوسط الذي يعيش فيه .

واعتبار العقوبة تأديبية لاجنائية يؤدي إلى عدم اعتبار الصبي بعد بلوغه عائداً بما عوقب به من قبل البلوغ ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوي ويمهد لنسيان الماضي .

٤٣٦ - القوانين الوضعية والعهود : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما

أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم ، والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة عن بعضها تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا ، ففي الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا ، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى إنجلترا وفى الهند . وفى إيطاليا يعتبر الحدث غير مسئول إذا قل سنه عن تسع سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى اعتبار الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة . وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور ولاكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم ، وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث وإما العقوبات العادية مخففة . والنهية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنى عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة فى إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا . وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقعه إزاء القانون ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية ، إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم يبلغ سنهم سبع عشرة سنة ، أما من بلغ هذا السن فيعاقب بكل العقوبات العادية ^(١) .

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها .

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه وهى التوبيخ والارسال إلى الاصلاحية أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، ومن بلغ سنه اثنى عشرة سنة وقل عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيراً بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الاصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية .

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولاً مدنياً عن أفعاله كلما كان مسئولاً جنائياً ولو عوقب بغير العقوبات العادية ، وكذلك هو مسئول مدنياً عن أفعاله ولو لم يكن مسئولاً جنائياً إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سناً معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطأه^(١) .

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الاسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرناً هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة ، كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسيق كل القوانين ، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الاصلاح والتهديب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة .

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠ .

الكتاب الثاني

في

العقوبة

٤٣٧ - منهج البحث : يقتضى البحث فى العقوبة أن تتكلم على

١ - العقوبة بصفة عامة والمبادئ التى تقوم عليها .

٢ - أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ - تعدد العقوبات .

٤ - استيفاء العقوبات .

٥ - سقوط العقوبات

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الباب الأول

العقوبة — مبادئ عامة

٤٣٨ - العقوبة والغرض منها : العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة

على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر ، وحمايتهم من المفسد ، واستنقاذهم من الجهالة ، وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصي ، وبعثهم على الطاعة ، ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيّطّر عليهم أو ليكون عليهم جبارا ، إنما أرسله رحمة للعالمين وذلك قوله تعالى : ﴿ لست عليهم بمسيطر ﴾ [الفاشية : ٢٢] وقوله : ﴿ وما أنت عليهم بجبار ﴾ [ق : ٤٥] وقوله ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ [الأنبياء : ١٠٧] فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم ، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدي لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها ، والله الذي شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا ^(١)

٤٣٩ - الأصول التي تقوم عليها العقوبة : ولما كان الغرض من العقوبة

هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدي العقوبة وظيفتها كما ينبغي ، والأصول المحققة للغرض من العقوبة هي :

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

١ — أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها ، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنايته وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه ، وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : «إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه » (١) .

٢ — إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصحتها ، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢) .

٣ — إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة هي قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله (٣) .

٤ — إن كل عقوبة تؤدي لصلاح الأفراد وحماية الجماعة هي عقوبة مشروعة فلا ينبغي الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٤) .

٥ — إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه ، وإنما استصلاحه ، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء في أنها « تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب » (٥) . والعقوبات « إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ — بصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها — الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ وج ٣ ص ٥٩ ،

٢٦٠ — اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض » ^(١) . ويلاحظ في التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبي عليه الصلاة والسلام : « أقيلوا ذوى الهيئات عثرانهم » ^(٢) . ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس » ^(٣) .

٤٤٠ - نظرية الشريعة في العقاب : يلاحظ أن الأصول التي تقوم عليها العقوبة في الشريعة ترجع إلى أصليين أساسيين أو مبدئين عامين ، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية المجرم ، وبعضها يعنى بشخصية المجرم ولا يهمل محاربة الجريمة ، والأصول التي تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام ، أما الأصول التي تعنى بشخص المجرم فالغرض منها إصلاحه .

ولا جدال في أن بين المبدئين تضارب ظاهر ؛ لأن حماية الجماعة من المجرم تقتضى إهمال شأن المجرم ، كما أن العناية بشأن المجرم تؤدي إلى إهمال حماية الجماعة . وقد قامت نظرية العقوبة في الشريعة على هذين المبدئين المتضاربين ، ولكن الشريعة جمعت بين المبدئين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر ، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام في كل الأحوال وبالعناية بشخص المجرم في أكثر الأحوال ذلك أن الشريعة أخذت بمبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توفره في كل العقوبات المقررة للجرائم ، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذي يكفي لتأديب المجرم على جريمته تأديبا يمنع من العودة إليها ويكفي لزجر غيره عن

(١) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٢) الأحكام الساطانية ص ٢٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ .

التفكير في مثاها ، فإذا لم يكف التأديب شر المجرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المجرم وجب استئصال المجرم أو حبسه حتى الموت . أما مبدأ العناية بشخص المجرم فقد أهملته الشريعة بصفة عامة في الجرائم التى تمس كيان المجتمع ؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال ، والجرائم التى من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال ، وما عدا ذلك من الجرائم ينظر في عقوبته إلى شخصية المجرم ، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجانى وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة .

تقسيم الجرائم : ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه ، ولتقيم الشريعة معالم واضحة للحيز الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين : -

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا شديدا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

١ - النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهى سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب (٤) السرقة . (٥) الحراقة ، (٦) الردة . (٧) البغى .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجانى ، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة فى جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المجرم إهمالا تاما ، فشدت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة ، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر سلطانا على العقوبة ، وعلة التشديد أن هذه الجرائم من

الخطورة بمكان وأن التساهل فيها يؤدي حتماً إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم ، وهى نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ريحها ، فالتشدد فى هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام ، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة ، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة ، بل العجب أن لاتضحى مصلحة الفرد فى هذا السبيل .

ب - النوع الثانى : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمداً أو خطأ أو هى على وجه التحديد : ١ - القتل العمد - ٢ - القتل شبه العمد - ٣ - الخطأ ٤ - الجرح المتعمد - ٥ - الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين هما : القصاص أو الدية فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كما حرمت على ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة ، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمت العفو على ولى الأمر فإنها قد أباحتها للمجنى عليه أو وليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه فى العمد سقط القصاص وحلت محله الدية إذا كان العفو الدية ، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا ، وفى جرائم الخطأ يسقط العفو الدية ، ويترتب على سقوط القصاص فى العمد والدية فى الخطأ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية ، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا فى جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم ، وأنها لاتعنى بشخصية الجانى وظروفه

إلا إذا عفا الجنى عليه أو وليه ، وقد منحت الشريعة حق العفو الجنى عليه أو وليه ، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس الجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع ، بل إنها لا تمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالجنى عليه ، فإذا عفا الجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعوا لإهمال شأن الجرم والتشدد في حماية الجماعة لأن أثر الجريمة الخطر يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطيرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن الجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صرح عن الجاني أو رأى في الدية فائدة مادية يهيم الاحتفاظ بها ، فعلة العفو هي إما الصفح أو الفائدة للمادية التي تعود على الجنى عليه وأوليائه ، وكلاهما علة مشروعة تحملها الشريعة محل الاعتبار ، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد ، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضاف حدة الخصومات ، ولا شك في أن حق الجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحمله غيره .

القسم الثاني : الجرائم الأخرى : ويشمل هذا القسم كل الجرائم التي لا تدخل تحت القسم الأول . أو هو يشمل الجرائم التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية وهي على ثلاثة أنواع : ١ - جرائم التعازير الأصلية أي كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية - ٢ - جرائم الحدود التي لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة وهي جرائم الحدود غير التامة و جرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد - ٣ - جرائم القصاص والدية التي يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة وهي الجرائم التي لا قصاص ولادية فيها .

والجرائم التي تدخل تحت هذا القسم ليست في خطورة جرائم القسم الأول ولهذا كان لها حكم مختلف ، ففي القسم الأول تقيد الشريعة القاضي بعقوبة معينة

مقدرة فليس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها ، أما في القسم الثاني فتترك الشريعة الحرية للقاضي في اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات ، كما تترك له تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف الجرم ، فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف الجرم لا تقتضى التخفيف عاقب الجرم بما تستحقه جريمته ، وإن رأى ظروف الجاني تقتضى التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظرفه وسيرته وأخلاقه ، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجاني تقتضى التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغلظ العقوبة ولم يخففها وفى هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التى تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجموعة ، فإذا لم تكن ظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار ، وإذا كانت ظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجاني . وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى بقدر الإمكان في اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمي الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية الجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته في هذا القسم ، وعفوه لا يسقط العقوبة ، ولكن العفو ينظر إليه باعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً للجاني ، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجاني أو عفا عنه كان للقاضي أن يعتبر التصالح أو العفو ظرفاً مخففاً في صالح الجاني . والعلة في عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة ، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقي حق الجماعة ، بعكس الحال في عقوبات القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرها ، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على اعتبار أن التعزير حق الجماعة ، ولهذا لا يظهر أثر العفو في عقوبات التمايز كما يظهر في القصاص والدية ؛ لأن عقوبة التعزير فيها حق للمجنى عليه وحق للجماعة فإذا أسقط حق

المجنى عليه بقى حق الجماعة ، أما القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه وحده فإذا عفا أسقطهما العفو .

العلة فى اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت فى جرائم القسم الأول واتجهت فى اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهمالاً تاماً إلا إذا عفا المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها ، وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعها تمس كيان المجتمع مساساً شديداً ، وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع وذلك هو ما سنبينه الآن .

فالجماعات مهما اختلفت على المبادئ أو اختلفت عليها العصور تشترك فى أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها ، ولوبحثنا كل الأنظمة التى تقوم عليها الجماعات فى كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشترك فى أربعة أنظمة هى الدعائم التى يقوم عليها فعلاً كل مجتمع على وجه البسيطة ، وهذه الأنظمة الأربعة هى :

(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية (٣) النظام الاجتماعى للجماعة (٤) نظام الحكم فى الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشده كل هذا اقتضى بطبيعته أن يستأثر كل رجل بامرأة معينة ، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء ، وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة ، وصار هذا النظام أساساً تقوم عليه كل جماعة ؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد ، ولا يزال نظام الأسرة حتى فى الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والسكن وأدوات السعى لهذه ولغيرها من المنافع دعت إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولاً ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحال وجود نظام

الأسرة ، وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة أوجدتهما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء ، وسيظل كلاهما قائماً ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأض والسماوات . وإذا كانت المبادئ الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادئ لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقاً ؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ما تقتضى الطبيعة وجوده والحفاظة عليه ، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكسائه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحالت عليه الحياة .

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحرية وحقه في حماية نفسه وأسرته وملكه ، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله وحاجته إلى التعاون مع غيره كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعى تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم . والنظام الاجتماعى للجماعة يختلف باختلاف الجماعات فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعى يقوم على مبادئ الإسلام والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعى على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يصرف شئونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعى ويوفر الأمن لها فى الداخل والخارج . ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد فى بعض البلاد يكون الحكم جمهورياً وفى بعضها ملكياً إلى غير ذلك ، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة ضرورية لوجود الجماعة نفسها .

هذه هى الأنظمة الأربعة التى يقوم عليها كيان المجتمع ، كل مساس بهائمس

المجتمع في أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته ، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمي هذه النظم من كل اعتداء لأن في حمايتها بقاء الجماعة وصلاحياتها للبقاء ، ولأن كل تهاون في حياضتها وحمايتها يؤدي إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التي يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه والحراية والرذة والبغى والقتل والجرح في حالتي العمد والخطأ .

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرئ أن يشارك الآخر في أى مرأة شاء وأن يدعى من شاء أو يتنصل ممن يشاء من الأبناء ؛ ولا تهى الأمر بغلبة الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التي تقوم عليها الجماعة .

والسرقه اعتداء على نظام الملكية الفردية ، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ أن يسارق غيره في طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله ، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء ، وكان الجوع والعري والحرمان للضعفاء ، فإباحة السرقه معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعائم التي قامت عليها .

والرذة اعتداء على النظام الاجتماعي ؛ للجماعة ؛ لأن النظام الاجتماعي لكل جماعة إسلامية هو الإسلام ، ولأن الرذة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه والتشكيك في صحته ، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعي موضع التشكيك والطعن ؛ لأن ذلك قد يؤدي في النهاية إلى هدم هذا النظام .

والبغى اعتداء على نظام الحكم في الجماعة ؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكم ومعصيتهم ، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه ، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدي إلى إشاعة الخلاف والاضطراب في صفوف الجماعة ،

ويقسمها شيئا وأحزابا تتقاتل وتتناجر في سبيل الحكم ، كما يؤدي إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة وهي من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعي ونظام الحكم في الجماعة ؛ لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم والنظام الاجتماعي يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم ، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعي وتوفير الأمن للجماعة ، فالتساهل في محاربة هذه الجرائم يؤدي إلى تحكم الأقوياء في الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وإنصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . وهذا يؤدي بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها . وقد حرصت الشريعة على أن لاتصل الجماعة لهذه الحالة فقررت عقوبة القصاص في حالة العمد والدية في حالة الخطأ ، وهي عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة وبث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة في نفوسهم . وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة ؛ لأن القذف في الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض ، ولأن القذف للماس بالأعراض هو تشكيك في صحة نظام الأسرة . فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه وبالتالى لغير أسرته ، وإذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها ؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدي إلى فقدان الشعور ، وإذا فقد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل ويذهب العقل ، والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا ، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

وجريمة الحرابة إن اقتصر على السرقة فهي اعتداء على نظام الملكية

الفردية ، وإن صحبها القتل فهي أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة ، وإن اقتضت على ترويع المجنى عليهم فهي اعتداء على أمن الجماعة ، والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعي وعلى نظام الحكم ؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم ؛ لأن ذلك ضروري لبقاء الجماعة ، فإذا لم تكن هذه الجماعة فعني ذلك تفكك الجماعة وانحلالها ؛ لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة وهو حماية أفرادها منعدم ، ولا يحصى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هي الجرائم التي تمس كيان المجتمع مساسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت في تقدير العقوبة شخصية الجاني إبقاء على الجماعة وحماية لها ، وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقي الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد ، إذ الواقع أن كل جريمة أيا كانت تمس الجماعة ، ولكننا نستطيع أن نقول : إنه ليس في الجرائم كلها ما يمس الأسس التي يقوم عليها المجتمع مساسا مباشرا مثل الجرائم التي احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات ، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التي تقوم عليها الجماعة ، وإن مست هذه الأسس فإنها لا تمسها مساسا مباشرا وخطيرا ، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجاني في الجرائم التي تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التي يقوم عليها ، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية وبقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار في النوعين .

علة التفرقة في العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية :
تعتبر الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بـ كيان المجتمع وبـ الأسس التي يقوم عليها وبالرغم من هذه التسوية فقد أبيض للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة في جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو في جرائم

الحدود ، وعلّة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد ، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة فالسرقة والحراقة والقذف والشرب والرذلة والبغى هي في ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أمنها ونظامها أكثر مما هي تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم ، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ما سرق منه بقدر ما يهدده هذا العمل ويخيفه على بقية ماله ويقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد أموالهم بخطر السرقة ، ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعة أشد من ضررها على الأفراد ، أما جرائم القتل والجرح فهي تصيب الأفراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتعتبر إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لا يقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه إنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتقد على غيره ، ولهذا لا يهز الاعتداء الجماعة إذا وقع لا يؤثر على أمنها تأثيراً شديداً ، أما السارق مثلاً فإنه يطلب المال أنى وجده فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر ؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد ، وكذلك الزانى فإنه لا يطلب امرأة بعينها إنما يطلب المرأة أياً كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها .

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة ترك للمجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية فى حالة العمد ، وجعلت الدية من حق المجنى عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة ، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معاً .

٤٤١ - نظرية العقاب فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية حتى

أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفاً وقسوة ، وكان

أساس العقوبات المبالغة في الإرهاب والانتقام والتشهير ، وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة محمأة في النار ولبس أطواق من الحديد والنقي والجلد والحبس ، ولم تكن العقوبات في الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التي قررت لها ، فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التي ذكرناها وفضاعة بعضها كانت عقوبة الإعدام جزاء لكثير من الجرائم البسيطة ، فمثلا كان القانون الانجليزي حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتي جريمة بعقوبة الإعدام ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما أى ما يقابل خمسة قروش تقريبا في العملة المصرية ، وكان القانون الفرنسي يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان الحى أهلا للمسئولية والعقاب فكذلك كان الأموات بل كذلك كان الحيوان والجماد ، فكان القانون يميز محاكمة الإنسان حيا ويميز محاكمته ميتا ويميز محاكمة الحيوان والجماد، ويميز توقيع العقوبة على الإنسان الحى الذى يحس ويتألم ويفكر ويمقل كما يميز توقيع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل ، بل كان يميز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذى لا يستطيع التفكير فى جريمته والدفاع عن نفسه ، ويميز توقيعها على الجماد الذى لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالحكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذى تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره ، وفكرة الإنتقام والارهاب هى التى سوغت تقرير العقوبات القاسية ، وهى التى سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه، بل هى التى سوغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد ، فالملت والجماد لن يشعر أحدهما بالحكمة ولن يحس بالعقوبة ، والحيوان لا يشعر بالحكمة أو لا يفقه معناها وقد يحس بالعقوبة

و يتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل الذى حوكم من أجله ؛ لأنه لا يعقل شيئاً من المحاكاة ولا يفهم سبب العقوبة ، ولكن محاكمة الأموات والجنادات والحيوانات وإزالة العقوبات بالجميع تؤدي إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

وفي القرن الثامن عشر بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر ، فأخذ «روسو» يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره ، وبرر «بكاريا» العقوبة بأنها حق الدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره ، وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء «بنتام» فبرر العقوبة بمنفعتيها للجماعة حيث تقوم بحمايتها واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره ، ثم ظهر رأى «كانت» وهو يبرر العقوبة بالعدالة ، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة فرأى أن لا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع ، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلاً يحسن السكوت عليه .

وظهرت بعد ذلك النظرية العلمية أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالاً تاماً والنظر إلى شخصية المجرم ، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته ، فالمجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعاداً مؤبداً عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام ، ولو كانت جريمته بسيطة ، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمسكت منه العادة ، والمجرم الذى تجمل منه المصادفات والظروف مجرمًا يعاقب

عقاباً هيناً ليناً ولو كانت جريمته خطيرة ، والجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لمعاقبه .

ولم تغلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضاً ؛ لأنها تنظر إلى الجرم وتهمل الجريمة ، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود ، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت ؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم ، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالجرم وتهمل الجريمة ، فأوأن يدجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات وقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان : فكرة التأديب والزجر ، وفكرة شخصية المجرم ، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة ؛ لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال ، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائماً فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق ، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء . ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للإصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإرهاب من تحدته نفسه بارتكاب الجرائم ، وقد أيد الاتحاد الدولى لقانون

العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوروبية ومنها ألمانيا .
وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون الجرم ، وإما على
النظر إلى الجرم دون الجريمة ، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .
هذه هي النظريات المختلفة عن العقوبة في عالم القوانين الوضعية ، وظاهر
من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض
بعضها بعضاً ، وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة
في كل القوانين الوضعية فأتخذت كل دولة لنفسها اتجاهًا خاصًا بحسب ما تراه
متفقاً مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذى دعا اتحاد القانون الدولى لقانون
العقوبات — الذى حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات — لأن يقرر
وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب ، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائى هو
الذى يؤدى عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات
المختلفة بقدر الإمكان ، وأن يتغلبوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية
بجته ، ويمكننا أن نتخذ القانون المصرى مثلاً في هذا الباب لنرى من القوانين
الوضعية الحديثة كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التى أخذ بها القانون
المصرى فيما يلى :

أولاً - أخذ القانون الجنائى المصرى بالمبدأ القائل بأن الغرض من العقوبة
حماية الجماعة ، وجعل هذا المبدأ أصلاً وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم
بحيث تكفى العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير فى مثلها .

ثانياً - وأخذ القانون الجنائى المصرى بالنظرية العلمية إلى حد ما ، فلم ينس
شخصية المجرم فى كل الجرائم تقريباً ، فجعل لكل جريمة عقوبتين إحداها
أخف من الأخرى ، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما ، وأباح
(٤٠ - التشريع الجنائى الإسلامى)

للقضاة في جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى ، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة ، ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة لكنه لم يلزم القضاة إلزاماً بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها . بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهملها .

ثالثاً - بعد أن أخذ المشرع المصري بالمبدأين السابقين رأى أخيراً أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم في كل الجرائم وعلى الأخص في الجرائم الهامة ، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين في بعض الجرائم كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد أخذ بهذا المبدأ في قانون المخدرات الصادر في سنة ١٩٢٨ وقانون الفس في ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر في سنة ١٩٤٩ وكان المنطق يقضى بعد أن أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ الأخير أن يعيد النظر في قانون العقوبات على هدى هذا المبدأ ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية المجرم في جرائم هي أخطر على الجماعة من جرائم الفس وإحراز المخدرات والأسلحة ، ولسكنه لم يفعل فأدى هذا الاضطراب المنطقي إلى نتيجة تبعث على الرثاء ، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الفس وإحراز المخدرات والأسلحة إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقتل ، ولاشك أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من الفس وإحراز المخدرات والأسلحة .

هذا هو القانون الوضعي نظراً وعملاً فيما يتصل بالعقوبة ، يرى أن تتمثل في العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام ، ويرى أن لا تهمل في تقدير العقوبة شخصية المجرم ، ويرى في بعض التشريعات الحديثة إهمال

شخصية المجرم في بعض الجرائم ، والقانون واضح ومنطقي فيما يتعلق بالمبدأ الأول .
ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الآخرين حيث لم يصل
بعد إلى تحديد المدى الذي يعمل فيه كل من المبدأين .

٤٤٢ - بين الشريعة والقانون : يستطيع القارئ بعد استعراض نظرية

العقوبة في الشريعة ونظائرها المختلفة في القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية
الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التي ظهرت ابتداء من القرن الثامن
عشر ، فالعقوبات في الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية
الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام ، والعقوبات
في الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة كما لا يصح أن تقل عن هذه
الحاجة فهي من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معاً وهذا هو ما رآه
روسو ، وبكاريا ، وبنيتام ، وكانت ، مجتمعين ، والعقوبة في الشريعة يقصد منها
استصلاح الجاني والرحمة به والإحسان إليه فينبغي أن لا يهمل شأن المتهم في
تقدير العقوبة وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التي سادت في القوانين
الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن ، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن
العيوب التي شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التي وجهت إليها .
ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة في الشريعة الإسلامية
نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها ،
وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير في أثر الشريعة ويتروى
خطاها وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة ، وأن النتائج التي وصل إليها
القانون والاتجاهات التي يتجه نحوها تدل على أن تطوره في المستقبل القريب
أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذي رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لاخلاف بين الشريعة والقوانين على المبادئ والأصول

التي تقوم عليها العقوبة ، وإنما الخلاف على الكيفية التي تطبق بها هذه المبادئ والحدود التي تطبق فيها ، فقد طبقت الشريعة كل المبادئ التي تعترف بها القوانين الوضعية ولكنها لم تجمع بينها في كل العقوبات ولم تسو بينها في كل الجرائم ، بل جعلت لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره ، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر ، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لا عيب فيها ولا مأخذ عليها . أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادئ والتسوية بينها في كل الجرائم والعقوبات كما حاول ذلك شراح القوانين الوضعية ، وكانت النتيجة أن أخفق واضعوا القانون في إيجاد حلول عملية مقبولة كما أخفق الشراح في إيجاد نظرية علمية سليمة ، وفي اليوم الذي تطبق فيه القوانين الوضعية المبادئ التي تقوم عليها العقوبة تطبيقاً سليماً متفقاً مع مصلحة الجماعة والأفراد ، وملأنا لطبائع الأشياء ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وستهمل شخصية المجرم في الجرائم التي تمس كيان المجتمع فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق . ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعي كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانوناً وحشياً بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير ، كان القانون الوضعي هكذا حتى أخذ في القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية فانقلب قانوناً إنسانياً بحتاً ؛ إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات ؛ لأن التأديب لا يتفق فيهم فلا يجوز إذنب عليهم ، وهذا المبدأ الأول الذي لم يعرفه القانون إلا في القرن الثامن عشر عرفته الشريعة مع غيره من المبادئ من القرن السابع الميلادي ، ولذلك تركزت المسؤولية الجنائية من يوم نزول الشريعة في الإنسان الحي ، ولم

يجعل غيره أهلاً لها ، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة الأموات والحيوان والجماد ، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتمثيل ، بل عرف عنها أنها تأباه أشد الإباء فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها لإنسان . ويكفي الشريعة الإسلامية نفراً بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرناً وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسبق تفكيره بمراحل .

٤٤٣ - شروط العقوبة : يشترط في كل عقوبة أن تتوفر فيها الشروط الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولاً : أن تكون العقوبة شرعية : وتعتبر العقوبة شرعية إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة ، ويشترط في العقوبات التي يقررها أولو الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضي أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تمنح القاضي سلطة تحكيمية في العقاب وهو ظن لا يتفق مع الواقع ، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة ، فالعقوبات في الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير ، فأما الحدود والقصاص فهي عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها ، فالسرقة مثلاً عقوبتها القطع وليس للقاضي إذا أثبتت الجريمة على الجاني أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعي يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الابن ، والزنا من غير محصن عقوبته الجلد مائة جلدة فإذا ثبت الزنا

حكم القاضي بالجلد مائة جلدة وليس له أن ينقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل ، فإذا ثبتت الجريمة على الجانى كان على القاضي أن يحكم بالقصاص وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص ، فسلطة القاضي فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير فسلطة القاضي فيها واسعة ولكنها ليست تحكيمية ، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأتفه العقوبات كالتبويخ وتنتهى بأشدها كالحبس حتى الموت والقتل ، وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والجرم ، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ، ولا شك أن إعطاء القاضي هذا السلطان الم شروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها ، وأن يعاقب الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه . وسلطة القاضي على سعتها ليست تحكيمية لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية ، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته ، ولعل اتساع سلطة القاضي هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضي فى الشريعة سلطة تحكيمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاء هذا السلطان الواسع ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاء هذا السلطان ^(١) .

ثانيا - أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره ، وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم

عليها الشريعة الإسلامية وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على المسئولية^(١).

ثالثاً - أن تكون العقوبة عامة : ويشترط في العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقر والمتعلم والجاهل .

والمساواة التامة في العقوبة لا توجد إلا إذا كانت العقوبة جداً أو قصاصاً ؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره في نوع العقوبة وقدرها .

أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة في نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً ، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني ، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب ، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس ، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركون في جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفي كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

الباب الثانى

أقسام العقوبة

٤٤٤ — تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام :
(١) العقوبات الأصلية : وهى العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية : وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى ، ومثلها الدية إذا درىء القصاص ، والتعزير إذا درىء الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هى عقوبات أصلية قبل أن تكون بدلية ، وإنما تعتبر بدلا لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد ، فالدية عقوبة أصلية فى القتل شبه العمد ولكنها تعتبر عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص ، والتعزير عقوبة أصلية فى جرائم التعازير ولكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى .

(٣) العقوبات التبعية : وهى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية ، ومثلها حرمان القاتل من الميراث ، فالحرمان يترتب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان . ومثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة ، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنما يكفي لانعدام الأهلية صدور الحكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية ، وهى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التكميلية .

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية في أن كليهما مترتبة على حكم أصلي ، ولكنهما يختلفان في أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها أما العقوبة التكميلية فنستوجب صدور حكم بها ، ومثل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق في رقبتة بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

٤٤٥ - وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها إلى :

- ١ - عقوبات ذات حد واحد وهي التي لا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان كالتوبيخ والنصح وكالجلد المقرر حداً .
- ٢ - عقوبات ذات حدين وهي التي لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضي أن يختار من بينهما القدر الذي يراه ملائماً كالجلد في التعازير .

٤٤٦ - وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

- ١ - عقوبات مقدرة : وهي العقوبات التي عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضي أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة ؛ لأن ولى الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها .

- ٢ - عقوبات غير مقدرة : وهي العقوبات التي يترك للقاضي اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقديرها كمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم ، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات الخيرة ؛ لأن للقاضي أن يختار من بينها .

٤٤٧ - وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

- ١ - عقوبات بدنية : وهي العقوبات التي تقع على جسم الإنسان ، كالقتل والجلد والحبس .

- ٢ - عقوبات نفسية : وهي العقوبات التي تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ - عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة .

٤٤٨ - وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى : -

١ - عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة على جرائم الحدود .

٢ - عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية .

٣ - عقوبات الكفارات : وهى عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .

٤ - عقوبات التعازير : وهى العقوبات المقررة لجرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية ونخصص الثانى لبيان العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

٤٤٩ - الحدود : وهى العقوبات المقررة لجرائم الحدود وهى كما ذكرنا

من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب . (٤) السرقة . (٥) الحراقة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حداً .

والحد هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة

الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وهم يعتبرون العقوبة حقا لله كلما استوجبتها المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتمتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

- ١ - إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجاني وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة .
- ب - إن هذه العقوبات تعتبر ذات حد واحد وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين ؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة ، ولأنها عقوبات لازمة ، فلا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .
- ج - أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة ، أي أن هذه العقوبات وضعت على أساس حمتين من علم النفس .

المبحث الأول

في عقوبات الزنا

٤٥٠ - عقاب الزاني : للزنا في الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هي :

(١) الجلد (٢) التغريب (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معاً هما عقوبة الزاني غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزاني المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلداً وغرباً ، وإن كانا محصنين رجماً ، وإن كان أحدهما محصناً والثاني غير محصن رجم الأول وجلد الثاني وغرب .

٥١ - عقوبة الجلد: تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد، وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين ؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرتها فجعلتها مائة جلدة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [سورة النور : ٢] . وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس شاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة ، وهذا هو الذى يهديننا إليه التأمل والتفكير فى الجريمة وعقوبتها .

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاؤ اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها ، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق مس العذاب ، وأى شىء يحقق الألم ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة ؟ .

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطا ، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته ، والشريعة حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا ، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب الزانى جريمته مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله على عدم التفكير فيها .

الجلد فى القوانين الوضعية : ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧ ، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث ، ثم ألغاهها المشروع المصرى مقلداً فى ذلك معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة .

وأغلب شراح القوانين اليوم يذكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد

ويسعون في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ . وقد اقترح فعلا في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدي الشديد التي تقع على الأشخاص ، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا مخيفا ، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات ، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذي قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة، وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد .

ويعارض بعض شراح القوانين في تقرير عقوبة الجلد لسببين: أولهما النفور من الألم البدني . وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان، ولكن أصحاب الرأي المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجاني المادية ، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك في إرهابهم ، أما إنقاص الاحترام الإنساني ففكرة لا محل لها في العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداثاً أم بالغين ، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد للجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشي وعلى العموم لكل الجرائم التي تدل على القسوة وعدم المبالاة ، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات في تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة ، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية في القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين

ويعارض « جaro » في عقوبة الجلد لأنها عقوبة غير صالحة ، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة ، ولأنه يخشى أن يؤدي الرجوع إلى الجلد إلى تباري المشرعين في تقرير العقوبات القاسية ^(١)

وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها في قوانين بعض الدول ، ففي إنجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية في القانون الجنائي ، وفي الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد ، وفي قانوني الجيش والبوليس في مصر وإنجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال في كثير من الدول .

وفي أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين في جرائم التموين والتسكير وغيرها ، وإن في اضطراب أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة ، واعتراف من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تعجز عن حمل الناس على طاعة القانون .

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد في القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجند وحملهم على طاعة القانون ، ولكن المدنيين في أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين ، وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستنزمونهم للمدنيين ، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يمدون الجيش بالجند . وأى عيب في أن يدين أفراد الأمة جميعا بالخضوع للنظام وبالطاعة للشرائع ؟

هذه هي عقوبة الجلد وهذا هو رأى العلماء والدول فيها ، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطيء وإنه هو وحده المصيب ، بل ليقول ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا في القوانين الوضعية : وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس وهو عقوبة لا تؤلم الزانى إلا ما يحمله على هجر اللذة التي يتوقعها من

وراء الجريمة ، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد وبعاشة ، وأكثر الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التي لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة في النفس قبل أن تحاربها في الحس ، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذي لا ينفعها غيره ، أما العقوبة التي قررها القانون فإنها لا تمس دواعي الجريمة في نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأية جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال الجريمة الزنا .

٤٥٢ - عقوبة التغريب : وتعاقب الشريعة الزاني غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده ، والمصدر التشريعي لهذه العقوبة حديث النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور وإذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لاحد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام^(١) ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة^(٢) ، والشافعي وأحمد^(٣) يريان في التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن^(٤) .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزاني من بلده الذي زنا فيه إلى بلد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٤ .

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ، ويجعل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء . أما الشافعي فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

آخر داخل حدود دار الإسلام على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزاني في البلدة التي يغرب إليها^(١) ، ويرى الشافعي أن يراقب في البلدة التي يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلده فيحبس^(٢) ، ويرى أحمد أن لا يحبس المغرب^(٣) .

والتعريب يعتبر عقوبة تكيلية بالنسبة لعقوبة الجلد وله في نظرنا علتان : الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن ، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة ، أما بقاؤه بين ظهراني الجماعة فإنه يحى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يحنبه مضايقات كثيرة لا بد أن يلقاها إذا لم يبعد ، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير ، فالإبعاد يهين للجاني أن يحيا من جديد حياة كريمة . وظاهر مما سبق أن التعريب وإن كان عقوبة إلا إنه شرع لمصلحة الجاني أولا ولصالح الجماعة ثانيا ، والمشاهد حتى في عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التى تصيبهم فى هذا المكان .

٤٥٣ - عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة ، ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة . ولم يرد فى القرآن شىء عن الرجم ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما فى العقوبة ، وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ .

(٢) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٣٦ .

الرجم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها ، ومن الأحاديث المشهورة في هذا الباب « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحمة العسيف فالرجم سنة فعلية وسنة قولية في وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة الجلد للزاني غير المحصن ، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان ؛ لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة ، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر في هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير في الألم الذي يصيبه من العقوبة على التفكير في اللذة التي يصيبها من الحرية .

ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزاني المحصن وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو ابنته تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لما تأخر عن ذلك ، والشرعية الإسلامية قد سارت في هذه المسألة كما سارت في كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها ، فالزاني المحصن هو قبل كل شيء مثل سىء لغيره من الرجال والنساء المحصنين وليس للمثل السىء في الشريعة حق البقاء ، والشرعية بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوّث والاختلاط ، وهي توجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطبيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيرها في الزواج (٤١ - التشريع الجنائي الإسلامي)

الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغبية والمرض والضرر والإعسار ، وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهما ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع ، أن تنقطع المعاذير التى تدعو إلى تخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

ولو أن هؤلاء الذين يجزعون من القتل الزانى رجعوا إلى الواقع لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزانى المحصن لم تأت بشيء يخالف ما ألوف الناس ، فنحن الآن تحت حكم القانون . وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانين محصناً ، فإذا لم يكن أحدهما محصناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه ، هذا هو حكم القانون فهل رضى الناس حكم القانون ؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين ، فهم يقتصون من الزانى محصناً وغير محصن بالقتل وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب ، فهم يفرقون الزانى ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشنع تمثيل وأقلمهم جرأة على القتل يكفى بالسلم يده لمن أوجب عليه الموت زناه ، ولو أحصينا جرائم القتل التى تقع بسبب الزنا لبلغت نصف جرائم القتل جميعاً ، فإذا كان هذا هو الواقع فما الذى نحشا من عقوبة الرجم ؟ إن الأخذ بها لن يكون إلا اعترافاً بالواقع . والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة ، ولا أظننا بالرغم مما وصلنا إليه من تدهور نكره الإقرار بالحق

أو نخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

وينحشى البعض أن يكون في عقوبة الرجم شيء من القسوة ، ولمثل هؤلاء نقول: إن الرجم هو القتل لا غير ، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم ، ولا فرق بين من يقتل شقاً أو ضرباً بالفأس أو تسمياً بالغاز أو صعقاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رمياً بالرصاص ، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هي التي فيها الاختلاف ، ولا فرق في النتيجة بين الرمي بالحجارة والرمي بالرصاص ، ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص في كل حال ويبطئ عن المرجوم بالحجارة في كل الأحوال فهو في ظنه على خطأ مبين ؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلاً من القتل فيتأخر موته ؛ ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص ، فرمات الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رمات الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزاني حتى يموت ، ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئتين يذفون شخصاً في مقاتله بالأحجار استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيل الرصاص . ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح في بعض الأحوال وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة في كثير من الأحوال ، كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفي لقطع الرقبة وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت ، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء ويبطئ بالموت أحياناً أكثر مما يبطئ به الشنق أو الرصاص .

وأخيراً فإن التفكير في هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب ، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أتفه العقوبات ، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب فهم لا يخافون الموت في ذاته وإنما يخافون العذاب الذي يصحب الموت ، وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تظل محفوظة

للزجر والتخويف ، وليس من مصلحة المجتمع في شيء أن يفهم أفرادُه أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف ، وقد بلغت آية الزنا الغاية في إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وحيث جاء بها : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك أن الرأفة بالجرمين تشجع على الإجرام ، والعذاب الذى يصحب العقوبة هو الذى يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ - تعليل على عقوبات الزنا : هذه هى عقوبات الزنا فى الشريعة الإسلامية لم تجيء ارتجالاً ولم توضع اعتباطاً وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته ، وتقدير دقيق لفرائزهِ وميوله وعواطفه ، ووضعت لتحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، فهى عقوبات علمية تشريعية ، هى عقوبات علمية ؛ لأنها وضعت على أساس العلم بالنفس البشرية ، وهى عقوبات تشريعية ؛ لأنها شرعت لمحاربة الجريمة ، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التى وضعتها الشريعة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا تكاد هذه الميزة توجد فى عقوبة من العقوبات التى تطبقها القوانين الوضعية .

ولا ريب فى أن العقوبة التى تقوم على فهم نفسية المجرم هى العقوبة التى يكتب لها النجاح ؛ لأنها تحارب الإجرام فى نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة ثم هى بعد ذلك أعدل العقوبات ؛ لأنها لا تظلم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا يطيق فى سبيل الجماعة ، وكيف تظلمه وقد بنيت على أساس قدرته واشتقت من طبيعته ونفسيته ؟ وهى عادلة أيضاً بالنسبة للجماعة ؛ لأن عدالتها بالنسبة للأفراد هى عدالة لمجموعهم ، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحي به فى سبيل الأفراد والعقوبة التى تحابى الأفراد على حساب الجماعة إنما تضع مصلحة الفرد والجماعة معاً ؛ لأنها تؤدى إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين النظام وانحلال المجتمع ، وإذا دب الانحلال فى مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التي جاءت بها الشريعة أثرها في محاربة الجريمة في كل زمان ومكان، ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوي في أى بلد يأخذ بأحكام الشريعة، ونستطيع أن نلمسه في الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك وبين ما نحن عليه الآن، ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة ولكن أثرها القوي كان لا يزال باقياً متمثلاً في أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدها ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام.

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً في الفرق بين الشرق الإسلامى عامة وبين بلاد الغرب بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا ويستفزعها ويحقر مرتكبيها ويستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها، بينما الغرب لا يحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم، والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون، كل قد ترك طابعه في الجماعة التي حكمها طويلاً، فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاً فاسداً منحللاً تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات.

المبحث الثاني

في عقوبة القذف

٤٥٥ - المجلد وعمرم الأهلية للشهادة : للقذف في الشريعة عقوبتان :

إحداها : أصلية وهى الجلد ، والثانية : تبعية وهى عدم قبول شهادة القاذف .
وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد ؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .

والأصل في عقوبتي القذف قول الله جل شأنه : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور : ٤] .

ولا تعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذباً واختلاقاً ، فإن كان تقريراً للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التي تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة منها : الحسد والمنافسة والانتقام ، ولكنها جميعاً تنتهى إلى غرض واحد يرمى إليه كل قاذف هو إيلاام المذدوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض ، فالقاذف يرمى إلى إيلاام المذدوف إيلااماً نفسياً فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلااماً بدنياً ؛ لأن الإيلاام البدنى هو الذى يقابل الإيلاام النفسى ؛ ولأنه أشد منه وقماً على النفس والحس معاً إذ أن الإيلاام النفسى هو بعض ما ينطوى عليه الإيلاام البدنى . والقاذف يرمى من وراء قذفه إلى تحقير المذدوف وهذا التحقير فردى ، لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التي تصيبه فتسقط عدالته ولا تقبل له شهادة أبداً ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التي تستطيع وحدها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة . وصرف الإنسان عن الجريمة ، فإذا فكر شخص أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقّر شخصه ذكر العقوبة التي تؤلم النفس والبدن ، وذكر التحقير الذي تفرضه عليه الجماعة فصرفه ذلك عن الجريمة ، وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ، فارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائياً عن العودة لارتكاب الجريمة بل ما يصرفه نهائياً عن التفكير فيها .

عقوبة القذف في القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالفرامة أو بهما معاً ، وهي عقوبات غير رادعة ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة ، وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء ، كل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق أو بالباطل ، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلوله الجو ينطلق فيه ، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سياتركون أسوأ مثل يحتذى لمن بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلاً من القانون لما جرؤ أحد على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة ؛ لأنها تؤدي به إلى الجلد وتنتهي بإبعاده عن الحياة العامة ، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهى ، ذلك أن من كذب سقطت شهادته ، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته ، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته ؛ ولأن الأمر والنهي من حق المتقين ولا يكون أبداً للفاستين .

وما تشكوه منه مصر وتئنم له تشكوه منه كل البلاد الديمقراطية ، ورى بعض المفكرين في هذا عارضاً محتملاً تقتضيه حياة الشورى ؛ لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج ، ويراه البعض شراً مستطيراً ومرضاً خطيراً من أمراض الديمقراطية لا ينقضى إلا بالقضاء عليها ، وأصحاب الرأيين على خطأ فيما ذهبوا إليه ؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها ، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشئ عن انعدام العقوبة الرادعة التي تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب ، ولقد كان يسير على هذه الفكرة في روحانيته القديمة الباقية ، وهو يسير عليها الآن في ماديته الحديثة

العاتية ، فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبنى عرض الدنيا وإنما يبنى ثواب الآخرة ، وكان يبتعد عن الظلم ؛ لأنه يخشى اليوم الآخر ، أماحكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير وابتعدون عن الظلم ؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم . وكان العالم الورع قديماً يكتب ما يكتب لوجه الله ، وطمعاً فيما عنده ويدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه ، أما العالم المطلع اليوم فيكتب ما يكتب لتزوج كتاباته لدى الجماهير ؛ ويدع ما يدع خوفاً من إعراض الجماهير وما يتبع الإعراض من السكساد والبوار . وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدي ما عليه من حق لرب العمل إرضاء لله ولا يقصر في عمله خشية غضب الله ، أما العامل اليوم فإنما يجد في عمله انتظاراً للمكافأة العاجلة من رب العمل أو طلباً لزيادة الأجر ، وابتعد عن التقصير ؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل .

هذه هي طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم ، وهي طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه ، ويخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم ، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر في سياستهم وتوجيههم ، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما في خلافتهم الأصلية من رجاء وخوف ، ومن قوة وضعف ، فجاءت أحكاماً صالحة لكل مكان وزمان ؛ لأن طبائع البشر واحدة في كل مكان ؛ ولأنها لا تتغير بتغير الأزمان ، ذلك هو السر في صلاحية الشريعة للقديم والحديث ، وهو السر في صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

المبحث الثالث

في عقوبة الشرب

٤٥٧ - عقوبة الخمر : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة

وهى عقوبة ذات حد واحد ؛ لأن القاضى لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعى أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة ووجهه أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب فى الخمر أكثر من أربعين ، أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعى وإنما هى تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعى هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه » أما تحريم الخمر فمصدره القرآن ، والرأى الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها ثمانين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب حيث استشار أصحاب الرسول فى حد شارب الخمر ، فأفتى على بن أبى طالب بأن يحد ثمانين جلدة ؛ لأنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفترى أى القاذف ثمانون جلدة ، ووافق أصحاب الرسول على هذا الرأى ، وإذن فتحريم الخمر مصدره القرآن ، والعقاب مصدره السنة ، ومقدار الحد مصدره الإجماع . والدافع الذى يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته فى أن ينسى آلامه النفسية ، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التى تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن ، وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذى هرب منه وتجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر ، قد وضعتها على أساس متين من علم النفس ، وحاربت الدوافع النفسية التى تدعو للجريمة بالدوافع النفسية المضادة التى تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتى لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها ، فإذا ما فكر الشخص فى شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع

الخمر العقوبة التي تزد به إلى آلام النفس والبدن ، وإذا ما فكر في شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة ، وفي هذا ما يصرف الشخص غالباً عن ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يغلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا ما فكر في الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ - الخمر طيباً وممتعاً : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية في عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها وأن أضرارها لا تحصى ، فهي تفسد العقل ، وتفسد الصحة ، وتؤدي إلى العقم أحياناً ، وإلى ضعف النسل غالباً ، كما تؤدي إلى ضياع المال ، وضياع الكرامة ، فكان المعقول بعد هذا أن تأتي دولة كمصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذي يجعل دين الدولة الرسمي الإسلام ، وإلى الإسلام الذي يحرم الخمر ويعاقب على شربها ، وإلى النتائج السيئة التي تنتج عن شرب الخمر ، ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعي الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها ، وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر وتواجد في محل عام فالعقاب في هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على التواجد في محل عام بحالة سكر بين ، ولم يثدد القانون في عقاب هذه الحالة الوحيدة لجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الفرامة التي لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذي لا يتجاوز أسبوعاً^(١) . والعيب في هذا ليس على واضع القانون فهو رجل أوروبي غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسي ، ولكن العيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه وهو باطل بطلاناً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة الإسلامية ، والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرق الإسلامي مقاطعة

فرنسية ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها من ثلاثة عشر قرناً ، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة ، حتى جاء العالم في القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق في موقفه من الخمر وبأن غيره كان يعمه في الضلال ، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام ، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال ، وها هو العالم غير الإسلامي لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر ولهذه الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات ، ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قوياً في الولايات المتحدة وأمريكا وفي الهند وكان الرأي العام أسرع استجابة في هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريماً تاماً . وفي كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريماً جزئياً فمنع تناولها أو تقديمها في أوقات معينة ، ولكن الكثير من القوانين التي حرمت الخمر لم تنجح في محاربة الخمر ؛ لأن العقوبات التي فرضتها لم تكن عقوبات رادعة .

وإذا كان الناس جميعاً قد آمنوا بأحقية الإسلام في تحريم الخمر فقد بقي عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التي فرضها الإسلام على شارب الخمر ، ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التي تسن لتحريم الخمر وتؤدي مهمتها خير أداء .

المبحث الرابع

في عقوبة السرقة

٤٦٠ - عقوبة القطع : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل ، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى ، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى ، وتقطع اليد من مفصل الكف ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب وكان على رضى الله عنه يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك ليدع للسارق عقبا يمشى عليه^(١) .

وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السارق حينما يفكر فى السرقة إنما يفكر فى أن يزيد كسبه بكسب غيره ، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينمي من طريق الحرام ، وهو لا يكتفى بشمرة عمله فيطعم فى ثمرة عمل غيره ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور أو ليرتاح من عناء الكد والعمل أو ليأمن على مستقبله ، فالدافع الذى يدفع إلى السرقة ويرجع إلى هذه الاعتبارات وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء ، وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع ؛ لأن قطع اليد أو الرجل يؤدي إلى نقص الكسب إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيا كان ، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الثراء ، وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل .

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية وارتكب الإنسان الجريمة مرة كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية ، وإنه لعمري خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن ، وإنه السر فى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما ، وهو

السر الذي جعلها تنجح نجاحا باهرا في الحجاز في عصرنا هذا فتحوله من بلد كله فساد واضطراب ونهب ومسرقات إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان . لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيراً أسوأ بلاد العالم أمناً ، فكان المسافر إليه أو المقيم فيه لا يأمن على نفسه وماله وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار بالرغم مما له من قوة ومما معه من عدة ، وكان معظم السكان لصوصاً وقطاعاً للطرق ، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خير بلاد العالم كله أمناً ، يأمن فيه المسافر والمقيم ، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجدد من يسرقها أو يزيلها من مكانها على الطريق حتى يأتي الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ - عقوبة السرقة في القانون : وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة

وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص ، والعلة في هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق في نفس السارق العوامل النفسية التي تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس ، وما حاجته إلى الكسب في الحبس وهو موفر الطلبات مكفي الحاجات ؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمي ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء ، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ويتعاونوا معه ، فإن وصل في الخاتمة إلى ما يبغي فذلك هو الذي أراد ، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئاً ولم تفته منفعة ذات يال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصاً كبيراً ، ففرصة زيادة الكسب مقطوع بضياها على كل حال ، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح في أغلب الأحوال ، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحملهم على الثقة به والتعاون معه

رجل يحمل أثر الجريمة في جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه ، فالخاتمة التي لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع وجانب الربح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس ، وفي طبيعة الناس كلهم لا السارق وحده أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المنفعة وأن لا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

٤٦٢ - اعتراضات مردودة : وأعجب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية في عصرنا الحاضر ، كأن الإنسانية والمدنية أن تقابل السارق بالمكافأة على جريمته ، وأن نشجعه على السير في غوايته ، وأن نعيس في خوف واضطراب ، وأن نكسد ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون واللصوص .

ثم أعجب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية ، كأن الإنسانية والمدنية أن تنكر العلم الحديث والمنطق الدقيق ، وأن ننسى طبائع البشر ، ونتجاهل تجارب الأمم ، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التي وصل إليها تفكيرنا لناخذ بما يقوله قائله فلا يجد عليه دليلا إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقا هي التي تتفق مع المدنية والإنسانية ، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء ؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء ، وهي نفس الأسس التي تقوم عليها المدنية والإنسانية ، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القطع هو دراسة نفسية الإنسان وعقليته ، فهي إذن عقوبة ملائمة للأفراد ، وهي في الوقت ذاته صالحة للجماعة ؛ لأنها تؤدي إلى

تقليل الجرائم وتأمين المجتمع ، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهي أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفي عند بعض الناس لتبرير عقوبة القطع ؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة ، وتلك هي خجنتهم الأولى والأخيرة وهي حجة داحضة ، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقابا إذا كان موسوما بالرخاوة والضعف ، بل يكون لعبا أو عبثا أو شيئا قريبا من هذا ، فالقسوة لا بد أن تتمثل في العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة في بعض جرائم السرقة ، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة في بعض آخر ، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه في السجن كما يوضع الحيوان في قفصه أو الميت في قبره طول هذه المدة محروما من حريته بعيداً عن أهله وذويه ، وأيهما أقسى قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله وولده أم حبسه على هذا الوجه الذي يسلبه حريته وكرامته وإنسانيته ورجولته ؟

والقانون أخيراً أيها الرحماء يبيح عقوبة الإعدام وهي تؤدي إلى إزهاق الروح وفناء الجسد ، أما عقوبة القطع فهي تؤدي إلى فناء جزء من الجسد فقط فمن رضى بعقوبة الإعدام وأتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة القطع ؛ لأنها جزء من كل ، ومن لم يستفزع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفزع عقوبة القطع بأي حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية ، وهي الشريعة الوحيدة في العالم التي لا تعرف القسوة ، وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان في العقوبة كما يتمثلان في العقيدة وفي العبادات وفي الحقوق وفي الواجبات ، ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر

الألفاظ ورودا في القرآن ، وإن الشريعة لتلزم المسلم أن لا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعبد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها في قوله وفعله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « الراحون يرحمهم الرحمن » ويقول : « ارحوا من في الأرض يرحمكم من في السماء » فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية ، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلا .

المبحث الخامس

في عقوبة الحرابة

٤٦٣ - عقوبة المحارب : - فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات هي : ١ - القتل - ٢ - القتل مع الصلب - ٣ - القطع - ٤ - النفي - ومصدر هذه العقوبات التشريعي هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ [المائدة : ٣٣] .

٤٦٤ - القتل : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهي حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي المجنى عليه . وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية ، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضاً امتنع في الغالب عن القتل ، فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الإنسان في قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان في ذلك ما يصرفه غالبا عن الجريمة .

٤٦٥ - القتل مع الصلب : - تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا

قتل وأخذ المال فهي عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هي عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتكبت إحداها وهي القتل لتسهيل الأخرى ، وهي أخذ المال .

والعقوبة حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي الجنى عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة القتل لكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة بحيث إذا فكر الجانى فى الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصاب الجانى حياً ثم يقتل وهو مصلوب ، وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة وإنما يعاقب الحى لا الميت . ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولاً ثم يصلب ، وجبتهم أن النص قدم القتل على الصلب فى اللفظ فوجب أن يتقدمه فى الفعل ، وأن الصلب قبل القتل تعذيب للمحكوم عليه والشرعية تنهى عن التعذيب ، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجبه القتل طبقاً لقواعد الشريعة ، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيردع بذلك غيره ^(١) ، والرأى الأول لملك وأبى حنيفة ، والرأى الثانى للشافعى وأحمد .

والصلب مع القتل يقابل فى عصرنا الحاضر القتل رمياً بالرصاص حيث يشد المحكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة ، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام ، ويحددها بعضهم ببدء تعفن الجثة فإذا بدىء التعفن أنزلت الجثة ، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم

(١) المفتى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

الصلب . ويرى البعض أن يصاب بقدر ما يشهر أمره على أن تنزل الجثة قبل بدء التعفن^(١) .

وقد أحسنت الشريعة في التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقتن بأخذ المال ؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوى الأخرى فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداها عن الأخرى

وقد يقال : إن 'لا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصاً وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالتهويل فالصلب زيادة لا فائدة منها . والرد على ذلك من أهون الأمور فلعل عقوبة غرضان : تأديب الجاني وزجر غيره ، وإذا كان كل تأديب لغوا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها في الزجر إذا صحبت عقوبة القتل ، والصلب حقيقة لا يؤثر على المحكوم عليه خصوصاً إذا كان الصلب بعد الموت ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذى يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة ، فالصلب له أثره الذى لا ينكر فى زجر الغير وكفه عن الجريمة .

٤٦٦ - الفطع : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل^(٢) . والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أى قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السرقة . إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة فى الطرق وبعيداً عن العمران كان قاطع الطريق فى أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفى أمن من المطاردة ، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجعها على العوامل الصارفة

(١) المفتى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٩ .

التي تبعثها في النفس عقوبة السرقة العادية ، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين وهي عقوبة لا شك عادلة ، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادى ، ولأن فرصة قاطع الطريق في النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادى .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل ؛ لأنه يعاقب على السرفة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التي تقع في الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، وعقوبة الأشغال المؤقتة حدها خمسة عشر عاماً فهي خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات ، وسنرى فيما بعد أن حوالى نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم في ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم ، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلاً للإجرام وأكثر حذقاً له ، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطراً يهدد الأمن والنظام ، ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به ، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلاً مقطوع اليد والرجل يصلح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئاً حذقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطراً على الأمن والنظام ؟ .

٤٦٧ - عقوبة النفى : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعليل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذى يخيف الناس ولا يأخذ منهم

مالا ولا يقتل منهم أحداً إنما يقصد الشهرة وبعد الصيت فعوقب بالنفي وهو يؤدي إلى الخمول وانقطاع الذكر ، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس بنفي الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فعوقب بنفي الأمن عنه في كل الأرض . وسواء صححت هذه العلة أو تلك فالعوامل النفسية التي تدعو للجريمة في كل حال قد دفعها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي تصرف عن الجريمة ، فهو إذا فكر في الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فلم أنها تجر عليه الخمول ، وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس وينفي الأمن عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة فلم أنه سينفي عنه الأمن في كل الأرض ، وحينئذ ترجح في أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأى الراجح أن النفي يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام^(١) على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر^(٢) ، وعلى أن يحبس الجاني في البلد الذي ينفي إليه ، وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور توبة المحكوم عليه وصلاحه فإن ظهرت أطلق سراحه . وخجنتهم في حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى ؛ لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقي مطلق السراح ، ولا يمنعه أن يفعل ما فعله من قبل ، فليكون للنفي معناه يجب أن يحبس^(٣) .

وعقوبة النفي بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التي عرفتها أخيراً القوانين الوضعية ، تلك العقوبة التي تقوم على حبس المحكوم

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفي هو إخراج المنفي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب وهو رأى مهمل .

(٢) مسافة القصر هي مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعي وأحمد ، وهي مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة ، وهي سبعة عشر ميلاً كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المغني ج ١٠ ص ٣١٣ .

عليه في مكان خاص مدة غير محدودة بشرط أن لا يحبس أكثر من مدة معينة، وهذه العقوبة تطبق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهي من أحدث نظريات العقاب في القوانين الوضعية .

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقها من ثلاثة عشر قرناً وتلكم عقوبة النفي على ذلك من الشاهدين ، فمن كان يظن أن القوانين الوضعية حين أخذت بهذه النظرية قد جاءت بشيء جديد فليعلم أنها لم تجيء إلا بأقدم النظريات في الشريعة الإسلامية ، ومن كان يظن أن عقوبات الشريعة ونظرياتها لا تصلح للعصر الحديث فليعلم أن يستبين مما تقدم ومما سيحيى أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هي أزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

المبحث السادس

في عقوبة الردة والبعث

٦٦٨ - عقوبة الردة : للردة عقوبتان عقوبة أصلية وهي القتل ، وعقوبة تبعية هي المصادرة .

١ - القتل : تعاقب الشريعة المرتد بالقتل ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامي والخروج عليه بعد اعتناقه فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل ؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامي وعليه

يقوم النظام الاجتماعى للجماعة ، فالتساهل فى هذه الجريمة يؤدى إلى زعزعة هذا النظام ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعى من ناحية ومنعاً للجريمة وزجراً عنها من ناحية أخرى ، ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة ، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً فى نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة فى أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمى نظامها الاجتماعى بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه ، وأول العقوبات التى تفرضها القوانين الموضوعية لحماية النظام الاجتماعى ، وهى عقوبة الإعدام أى القتل فالقوانين الموضوعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعى بنفس العقوبة التى وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعى الإسلامى .

ب - المصادرة : عقوبة الردة التبعية هى مصادرة مال المرتد ، ويختلف الفقهاء فى مدى المصادرة فمذهب مالك والشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد ، ومذهب أبى حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء فى مذهب أحمد على أن مال المرتد الذى اكتسبه بعد الردة هو الذى يصادر ، أما ماله الذى اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين ، وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذى اختاره وهى رواية غير مشهورة ^(١) .

٤٦٩ - عقوبة البغى : - تعاقب الشريعة على البغى بالقتل والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْحَابُهَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِئَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾ [الحجرات : ٩]

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعمه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » وقوله: « ستكون هنات وهنات ، ألا ومن خرج على أمي وهم جميع فاضربوا بالسيف عنقه كأننا من كان » .

وجريمة البغي موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره ، وقد تشددت فيها الشريعة ؛ لأن التساهل فيها يؤدي إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار وهذا بدوره يؤدي إلى تأخر الجماعة وانحلالها . ولاشك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن هذه الجريمة التي يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .

وكل الدول اليوم تعاقب على البغي بالإعدام وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة .

الفصل الثاني

في العقوبات المقررة

الجرائم القصاص والدية

٤٧٠ - عقوبات متعردة : - جرائم القصاص والدية هي كما ذكرنا قبلا :
 (١) القتل العمد . (٢) القتل شبه العمد . (٣) القتل الخطأ . (٤) الجرح العمد
 (٥) الجرح الخطأ .

والعقوبات المقررة لهذه الجرائم هي : القصاص - الدية - الكفارة - الحرمان من الميراث - الحرمان من الوصية . وسنتكلم فيما يلي عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى .

٤٧١ - (أولا) القصاص : - جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويحرق كما جرح .

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ، الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءًا فَاتَّبَاعًا بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ ذَلِكَ ، فَلَهُ عَذَابُ أَلِيمٍ . وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] ويقول جل شأنه ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به ، إلا أن يرضى ولي المقتول » ، ويقول : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا فالقود ، وإن أحبوا فالعقل - أى الدية - » .

وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهي أعدل العقوبات إذ لا يجازى الجرم إلا بمثل فعله ، وهى أفضل العقوبات للأمن والنظام ؛ لأن الجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالبا . والذى يدفع الجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء ، فإذا علم الجرم أنه لن يبق بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته ، وإذا علم أنه إذا تغلب على الجنى عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة ، وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم ، فالرجل العصبي المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدر أنه سيرد على الاعتداء بمثله ، والرجل المسلح قد لا يثنيه شيء عن الاعتداء ولكنه يتراجع ويتردد إذا رأى خصمه مسلحا مثله ويستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء ؛ والمصارع والملاكم لا يتعدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مرانا أو جلدا ولكنه

يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلدًا .

تلك هى طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص ، فكل دافع نفسى يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة ، وذلك مايتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط ، فتعاقب بالإعدام على القتل ولكنها لاتعاقب بالقصاص على الجراح ، وتكتفى فى عقاب الجراح بالفرامة والجبس أو بأحدهما .

ولاشك فى أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح فى نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية . أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت فى نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين ، ذلك أن جرمي القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد ، ولا يكون القتل قتلاً قبل أن يكون ضرباً أو جرحاً فى أغلب الأحوال ، وإنما ينتهى بعض الجروح أو الضربات بالوفاة ، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحاً كما تسمى تلك قتلاً ، ومادام الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد ، وإذا كانت النتيجة فى كل من الجريمتين تخالف الأخرى ، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضاً بنفس المقدار لاتزيد ولا تنقص ، فالجريمتان نوعيهما واحد وأصلهما الجرح ، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص ، وإحدى الجريمتين تنتهى بقتل الجنى عليه وعقوبتها قتل الجرم ، والجريمة الثانية تنتهى بجرح الجنى عليه وعقوبتها جرح الجرم ، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق وفنها العميق الذى لم يصل إليه القانون بعد والذى قد يصل إليه بعد حين طويل أو قصير ولكنه سيصل إليه دون شك ؛ لأن الأساس الأول فى الشرائع على العموم هو المنطق ، وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل ، ومادام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً ، فلا بد من أن

تخضع القوانين لهذا المنطق الذى أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .
 والمجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص ، فإذا عفا سقطت العقوبة .
 والعفو قد يكون مجانا وقد يكون مقابل الدية ، ولكن سقوط عقوبة القصاص
 بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب الجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .
 والأصل فى الشريعة أن المجنى عليه ليس له فى الجرائم عامة حق العفو عن
 العقوبة ، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو وليه فى جرائم القصاص
 والدية دون غيرها من الجرائم ؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالا وثيقا بشخص
 المجنى عليه ، ولأنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها ، ولم
 تخش الشريعة أن تمس حق المجنى عليه فى العفو الأمن العام والنظام ؛ لأن جريمة
 القتل والجرح إذا كانت اعتداء خطيرا على أمن الفرد ، فإنها ليست فى هدم
 الخطورة بالنسبة لأمن الجماعة ، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه
 ولا يخشى أن يعتدى عليه ؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون
 إلا عن دافع شخصي ، أما السارق مثلا فيخافه كل فرد ويخشاه ؛ لأنه يعلم أن
 السارق يطلب المال أنى وجده ولا يطلب مال شخص بعينه .
 وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجنى عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام ،
 فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المجنى عليه فى استعمال هذا الحق ،
 والإسراف بعيد الاحتمال ؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه مما يدعوه
 للتشدد فى استعمال حق العفو إذ فى طبيعة الإنسان أن يميل إلى الانتقام ممن اعتدى
 عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه ، وإذن فى اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه
 ضمان لعدم الإسراف فى استعمال حق العفو وبالتالي ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .
 ولقد كانت الشريعة عملية ومنطقية فى منح حق العفو للمجنى عليه أو وليه ؛
 لأن العقوبة فرضت أصلا لمحاربة الجريمة ولكنها لا تمنع وقوع الجريمة فى أغلب
 الأحوال ، أما العفو فيؤدى إلى منع الجريمة فى أغلب الأحوال ، لأنه لا يكون إلا

بعد الصلح والتراضى وصفاء النفوس وخلوها من كل ما يدعو إلى الجريمة والإجرام فالعفو هنا يؤدي وظيفة العقوبة وينتهي إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها ، وهذا هو الوجه العملي لتقرير حق العفو . أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية فهي تصدر عن دوافع شخصية في نفس المجرم سببها شخصية المجنى عليه ، وهي تمس المجنى عليه في حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع في أمنه ، فمن حق المجنى عليه أن يكون لشخصيته اعتبار في توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجنى عليه في أن يعفو عن عقوبة بعض الجرائم ، فإن القوانين الوضعية تعترف بنفس هذا المبدأ وإن كانت لا تطبقه على نفس الجرائم التي ينطبق عليها في الشريعة ، ذلك أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج وهو المجنى عليه في جريمة الزنا في أن يعفو عن عقوبة زوجته الزانية . فالشريعة إذن لم تأت بشيء غريب حين اعترفت للمجنى عليه بحق العفو وإنما جاءت بمبدأ تعترف به اليوم أحدث القوانين ، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعي تفوقاً ظاهراً في أنها أحسنت اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ ؛ لأن تقرير حق العفو في جرائم القتل والجرح يؤدي إلى الوفاق والوئام ، ويقضي على دواعي النفور وبواعث الانتقام ، فقتل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام ، أما القانون فقد أساء اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ ، لأن تقرير حق العفو في جريمة الزنا يؤدي إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق ، ويهدم نظام الأسرة وإن أريد به الوفاق الوقتي بين الزوجين ، وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذي يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون لهدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه ويتوفر شروطه ، فإذا لم يكن ممكناً ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم

به ووجب الحكم بالدية ولولم يطلب الجنى عليه أو وليه الحكم بها ؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد .

وليس في الشريعة ما يمنع في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به في حالة القتل والجرح ^(١) .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح في حالة العمد ، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو .

٤٧٢ — (ثانياً) الدية : — جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ ، ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول فالله جل شأنه يقول : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ [النساء : ٩٢] والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إن في قتل عمد خطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

والدية مقدار معين من المال وهي وإن كانت عقوبة إلا أنها تدخل في مال الجنى عليه ولا تدخل خزانة الدولة ، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصاً وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابات ويختلف بحسب تعمد الجاني للجريمة وعدم تعمد له .

ومن الخطأ اعتبار الدية تعويضاً لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد ، وكذلك من

التجوز اعتبارها عقوبة خالصة وهى مال خالص للمجنى عليه ، وأفضل ما يقال فى الدية أنها عقوبة وتعويض معاً ، فهى عقوبة لأنها مقررة جزاء للجريمة ، وإذا عفا المجنى عليه عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة ، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه ، ولما جاز عند العفو عنها أن تحمل محلها عقوبة تعزيرية ، وهى تعويض لأنها مال خالص للمجنى عليه ولأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجنى عليه عنها .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يزيد فى مقدارها ، وهى إن اختلفت فى شبه العمد عنها فى الخطأ واختلفت فى الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة ، فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ، ودية الوضع كدية الشريف ، ودية المحكوم كدية الحاكم ، ومن المتفق عليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فى القتل ، أما فى الجراح فأبو حنيفة والشافعى ^(١) يريان أن ما يجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة ، بينما يرى مالك وأحمد ^(٢) أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل ^(٣) . وهناك خلاف على دية غير المسلمين فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما ^(٤) .

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد ، فجعلتها فى الأول القصاص وفى الثانى الدية المغالطة ؛ لأن الجرم فى القتل العمد يقصد قتل

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٣ .

(٣) هذه القاعدة مطلقة عند أحمد أما مالك فيقيدها باتحاد الفعل واتحاد محل . راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ المذهب ج ٢ ص ٢١١ .

الجنى عليه أما في شبه العمد فالجرم لا يقصد قتل الجنى عليه ، ووجود هذا الفرق بينهما في الفعل يمنع من التسوية بينهما في العقوبة ، فضلاً عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد ؛ لأن القصاص يقتضى التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعله به ، والجانى لم يقصد قتل الجنى عليه ، فإذا قتل الجانى بالجنى عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله ، وهنا ينعدم التماثل ، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرت الشريعة بين عقوبة العمد الخالص والخطأ ، فجعلتها في حالة العمد القصاص وفي حالة الخطأ الدية الخفيفة ، ناظرة في ذلك إلى أن الجانى في جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية ، أما الجانى في جرائم الخطأ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها ، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدي إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات ، فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوى هو اتجاه الجرم النفسى للجريمة ، وعنصر مادى هو الفعل المكون للجريمة أما جريمة الخطأ فيتوفر فيها العنصر المادى فقط وينقصها العنصر المعنوى لتساوى الجريمة العمدية ، والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى الخطىء هو علة التفرقة في عقوبة الجريمتين ، والفرق بين النفسيتين يساوى تماماً الفرق بين العقوبتين ؛ لأن الجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التى دعت له لارتكاب الجريمة أصبح مساوياً للجرم الخطىء ولم يبق إلا العنصر المادى للجريمة ، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد في حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية في الحالين ، فكأن العفو ينصرف إلى العنصر المعنوى في الجريمة العمدية . فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادى في الجريمتين . ولم تعاقب الشريعة في حالة الخطأ بالقصاص ؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى

الجاني ، ولأنه لم يعتمد الجريمة ولم يفكر فيها ، ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص ، ولما كان يتسبب عنها في الغالب أضرار مالية للجاني عليه أو لورثته ، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة في أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذي يتعب الناس أنفسهم في الحرص عليه ، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال ، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

ويتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذي لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطأ ، ولكن مقدار الدية ليس واحداً في هذه الحالات الثلاث فدية العمد وشبه العمد واحدة وهى الدية المغلظة ، ودية الخطأ هى الدية الخفيفة . والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل ، والتغليظ والتخفيف لا دخل له في العدد وإنما يكون في أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهى مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أماما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

والأرش على نوعين : أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول : هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية : والقاعدة العامة أن دية العمد تجب في مال الجاني عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو مادون النفس ، إلا أن مالكا يستثنى من هذه القاعدة أرش الجراح التى يتمتع القصاص فيها خوف تلف الجاني ككسر الفخذ والجائفة ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو

المجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً^(١).

ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجاني صغيراً أو مجنوناً ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعدد الفعل ؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد ، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ^(٢) وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأي السابق ، والثاني هو الراجح^(٣) يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد ؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما ، فكان عمداهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما .

ويختلف الفقهاء في حكم شبه العمد^(٤) والخطأ ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجاني ، فما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده^(٥) ويرى أحمد أن الجاني يحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته "عاقلة"^(٦) . ويرى أبو حنيفة أن الجاني يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة^(٧) . ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر ؛ لأن من أزم بالكثير أزم بالقليل من باب أولى^(٨).

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع ج ٧ ص ٢٥٥ — المغني ج ٩ ص ٤٨٨ المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٠ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ — المغني ج ٩ ص ٥٠٤ .
(٣) المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل طبقاً لمشهور مذهبه إما أن يكون عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

(٦) المغني ج ٩ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أحد أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحمد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً مع العاقلة .

العاقلة : هي من يحمل العقل . والعقل هو الدية وسميت عقلاً ؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل : إنها سميت العاقلة ؛ لأنهم يمنعون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع .

وعاقلة القاتل هم عصباته ، فلا يدخل في العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوى الأرحام .

ويدخل في العصابة سائر العصابات مهما بعدوا ؛ لأنهم عصابة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم ، ولا يشترط أن يكونوا وارثين في الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يحجب بها ويشق عليها ؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويحجب به ، ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به ؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد ، فقال مالك وأحمد يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفي مذهب مالك رأى بفرض دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي . ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة كما يرى التسوية بين الغنى ومتوسط الحال^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٠ ،

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به ؛ ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن مؤلأء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأي هو مذهب مالك والشافعي وظاهر مذهب أبي حنيفة ومذهب أحمد . الثاني : ويرى أصحابه أن الدية تجب في مال القاتل ؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأي رواية عن أبي حنيفة لحمد ويقول به بعض الحنابلة^(١) .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجاني يحملون وزر جريمته ، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة : ﴿ لا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ إلا أن ظروف الجناة والمجنى عليهم هي التي سوغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازماً لتحقيق العدالة والمساواة ، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية : -

١ - لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطيء وزر عمله لسكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ، ولا تمنع تنفيذها على الفقراء . وهم الكثرة ويتبع هذا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجاني غنياً ، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال ، أما إذا كان الجاني فقيراً وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شيء ، وهكذا تنعدم العدالة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - المغني ج ٩ ص ٥٢٤ المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ .

والمساواة بين الجناة. كما تنعدم بين المجنى عليهم ، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ - إن الدية وإن كانت عقوبة إلا أنها حق مالى المجنى عليه أو وليه وقد روعى في تقديرها أن تكون تمويضا عادلا عن الجريمة ، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الدية التي يحكم بها ؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد ، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار ، ولا شك أن ثروة الفرد الواحد في أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية الواحدة ، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجاني وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجنى عليهم على حقوقهم ، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذى يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجنى عليهم في جرائم العمد لا يتعرضون لمثل هذه الحالة ؛ لأن العقوبة الأصلية هى القصاص ولا تستبدل بها الدية إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه عن القصاص ، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية ، فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجاني كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجنى عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذى وضع فيه نفسه .

٣ - إن العقاب تحمّل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد وهو ملحق بالخطأ وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط ، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً ، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم ، كما أن الفرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه ، فكان الإهمال وعدم الاحتياط هو فى الغالب ميراث الأسرة، ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط فى النهاية ميراث الجماعة ، فوجب لهذا

أن تتحمل أولاً عاقلة الجاني نتيجة خطئه ، وأن تتحمل الجماعة أخيراً هذا الخطأ كلما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعرى والقوة ، وإن هذا الشعور يتراد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة ، فالشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطاً ويقظة عن له أسرة ، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصاً من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ مادام أنهما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التضامن والتعاون ومن واجب الفرد فى كل أسرة أن يناصر باقى أفراد الأسرة ويتعاون معهم . وكذلك واجب الفرد فى كل جماعة . وتحمل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني يحقق التضامن والتناصر تحقيقاً تاماً بل إنه يحدده ويؤكده فى كل وقت . فكما وقعت جريمة من جرائم الخطأ اتصل الجاني بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم . ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجدداً مستمراً .

٥ - إن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم ؛ لأن الجاني الذى تحمل عنه العاقلة اليوم دية جريمته ملزم بأن يتحمل غداً بنصيب من الدية المقررة للجريمة غيره من أفراد العاقلة وما دام كل إنسان معرضاً للخطأ فسيأتى اليوم الذى يكون فيه ما حمله فرد بعينه عن غيره مساوياً لما تحمله هذا الغير عنه .

٦ - إن القاعدة الأساسية فى الشريعة هى حياة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ، والدية مقررة بدلا من الدم وصيانة له عن الإهدار ، فلو تحمل كل

نجان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائها ، لأهدر بذلك دم الجنى عليه ، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجباً حتى لاتذهب الدماء هدرًا دون مقابل .

هذه هي أهم المبررات التي دعت إلى الخروج على القاعدة العامة ، ولعل هذا الاستثناء هو في الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة ألا تزر وازرة وزر أخرى أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة ، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء ؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق (١) .

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم ؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجناة والجنى عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر ، لأن أساسه وجود العاقلة ، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا في النادر الذي لا حكم له ، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم ، أما الآن فلا شيء من هذا في أغلب البلاد والأقطار ، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، فإما الرجوع على الجاني بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال .

والرجوع على الجاني يؤدي إلى إهدار دماء أكثر الجنى عليهم ؛ لأن أكثر الجناة فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها ، كما أن الرجوع على الجاني يؤدي إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة ، ولكنه يحقق العدالة والمساواة ويصون الدماء ، ويحقق أغراض الشريعة ، وإذن فيجب أن لا يكون الخوف من إرهاب الخزانة مانعاً من العدالة والمساواة ، وحاتلاً دون تحقيق أغراض

الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تخصص الغرامات التي يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض ، وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المشكويين .

ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم ، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجنى عليهم في الجرائم بشرط أن تكون أموال الجاني لا تكفي للتعويض ^(١) .

وهذا الذي أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التي ترمى الشريعة لتحقيقها ، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه في البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يحقق أغراض الشريعة ويلائم ظروفنا .

٤٧٣ — (ثالثا) — الكفارة: — الأصل في الكفارة قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ [النساء : ٩٢] .

والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ، ومن المتفق عليه أنها واجبة

فى القتل الخطأ وكذلك القتل شبه العمد ؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ الجاني لا يقصد قتل المجنى عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب الكفارة فى القتل العمد ، فىرى الشافعى أنها تجب فى القتل العمد ؛ لأنها إذا وجبت فى القتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب فى العمد وقد تنلظ بالإثم أولى ^(١) ، ولأحد رأى يتفق مع رأى الشافعى ولكن المشهور فى المذهب أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن نص القتل العمد ؛ جاء خلواً من الكفارة ^(٢) . ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن الكفارة من العقوبات للمقدرة فلا بد من النص عليها ^(٣) . ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لما منع شرعى أو للعفو ^(٤)

ولا يفرق مالك والشافعى وأحد فى القتل الذى تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبب ، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى : ولو كان خطأ ^(٥) .

على من تجب الكفارة ؟ - تجب الكفارة عند الشافعى وأحد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ ، عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم ^(٦) . ويرى مالك أنها تجب على الصبى والبالغ والعائل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم ؛ لأنها تعبدية ^(٧) . ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم ؛ لأن الصبى والمجنون

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ - المغنى ج ١٠

ص ٣٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٤

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٧) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٦ .

لا يخاطب كلاهما بالشرائع أصلاً ؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ،
والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها في نفس الوقت عبادة ^(١)

وحجة الشافعي وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن
لم يسألأ عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما
غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لعموم النص .

الصيام : والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهي العتق ،
ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته ، فإن
وجدها فلا يجب الصيام عليه .

٤٧٤ - رابعاً : الحرمان من الميراث : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية
تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل ، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة
والسلام : « ليس للقاتل شيء من الميراث » وقوله « ليس للقاتل ميراث بعد
صاحب البقرة »

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق
مذهبان في هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان
القتل مباشرة أو تسبياً ، وسواء اقتص من القاتل أو درى عنه القصاص لسبب ما .
أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الدية التي
وجبت بالقتل ^(٢) . والرأى الراجح في المذهب يقضي بحرمان الصغير والمجنون
من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أياً كان نوع القتل بشرط أن يكون
القتل مباشرة لا تسبياً ، وأن يكون عدواناً ، وأن لا يكون من صغير ولا مجنون ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ ، ٥٠٠ .

واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا ؛ لأنه قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث ؛ لأنه قتل بحق . ومنهم من قال إن كانت متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث ، كما في القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم على مورثه في جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم ؛ لأنه متهم في قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأى الراجح في المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث في كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسبياً وسواء كان القتل بحق أو بغير حق ، وسواء كان القاتل بالغاً عاقلاً أو صغيراً أو مجنوناً وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث^(١) .

ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث ، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً . ويعملون حرمان الصبي والمجنون من الميراث في مذهب أحمد ؛ بأن مافعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه بمقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجاني من الميراث بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث صوناً للدماء^(٢) .

٤٧٥ - الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية ، والأصل

فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » وقوله : « ليس لقاتل شيء » وذكر الشيء نكراً في محل النفي يعم الميراث والوصية جميعاً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ - مجلة القانون والاقتصاد س ٦ ص ٥٨٦ .

٤. اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقاتهما :-

ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ ، ويتفقون على أنه القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحته الوصية في المال وفي الدية . ولكنهم اختلفوا في القتل العمد ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية ؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت ، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم ، ويستوى عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين ^(١) .

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا ، وأن يكون عدوانا وأن يكون من بالغ عاقل . ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة ^(٢) .

وفي مذهبي الشافعي وأحمد نظريتان :-

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل ، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغي أن تتوافر فيها شروط الهبة . وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ - شرح الدردير ج ٤ ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

الثانية : — يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة في كل حال دون حاجة لإجازة الورثة ^(١)

الفصل الثالث

في عقوبات الكفارات

٤٧٦ - الكفارة : — هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها . والكفارة في الأصل نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم ، فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهي عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبر معصية فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبه فيها الشارع بنص صريح .

والجرائم التي يحكم فيها بالكفارة محدودة وهي : (١) إفساد الصيام . (٢) إفساد الإحرام (٣) الحنث في اليمين (٤) الوطء في الحيض (٥) الوطء في الظهار (٦) القتل .

والكفارة الواجبة في كل هذه الجرائم ليست واحدة وهي تختلف في نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة .

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال في القتل الخطأ فعقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة ، وقد تصحب الكفارة

(١) المهذب ج ١ ص ٤٥٧ - الإقناع ج ٣ ص ٥٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ .

عقوبة غير مقدرة أى عقوبة تعزيرية كما هو الحال فى الظهار ^(١) .
والكفارات التى فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى : العتق ، والإطعام ،
والكسوة ، والصيام .

أولا - العتق : - المقصود عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقام ، ويشترط فى
الرقيق المعتق شروطا خاصة لا محل لذكرها هنا ، كما يشترط لعتق الرقبة أن
تكون فاضلة عن حاجة المعتق ، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته
تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريبا يجب على من وجب عليه عتق
رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

ثانيا - الإطعام : - المقصود بالإطعام إطعام المساكين ، وكفارة الإطعام
تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما فى كفارة
اليمين ، وقد تكون إطعام ستين مسكينا كما هو الحال فى إفساد الصوم .
ويجزىء فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله وأن يكون
مرة واحدة .

ثالثا - الكسوة : الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها
إلا فى كفارة اليمين ، ولا يجزىء فى الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله
تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ﴾ .
رابعا - الصيام : والمقصود صيام الجانى ، والصوم لا يكون عادة إلا فى
حالة العجز عن الكفارات الأخرى ، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة
التي يكفر عنها ، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى
القتل الخطأ .

(١) تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٥٩ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - أسنى
المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا في حق المسلم ، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام ؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

الفصل الرابع

في عقوبات التعازير

٤٧٧ - ماهية التعازير : - التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود أى : هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأىها عقوبة مقدرة .
والتعازير هى مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال الجرم ونفسيته وسوابقه .

ويعاقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة ، ولا يعاقب عليها بالتعزير باعتبار التعزير عقوبة أصلية وإنما باعتباره عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد ، أو باعتباره عقوبة إضافة تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتغريب فى الزنا عند أبى حنيفة ، وإضافة التعزير للقصاص فى الجراح عند مالك ، وإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعى .

وقد جرى التشريع الجنائى الإسلامى على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن تقييد القاضى بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدى وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير غادلة فى كثير من الأحوال ؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بينا ، وما قد يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر ، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره

ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وبحماية الجماعة من الإجرام ، وللقاضي أن يعاقب بمقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها إن كانت العقوبة ذات حدين ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه .

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير ؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة ؛ ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده ، أما الجرائم الخطيرة وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فقد وضعت لها الشريعة عقوبات مقدرة ، ولم تترك للقاضي أي سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تنسج لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام ، والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ - الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات : هناك فروق ظاهرة

تميز التعازير عن العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وأهم هذه الفروق ما يأتي : -

(١) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة ، فهي عقوبات لازمة ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها ، وليس له

أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها في حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير فهي عقوبات غير مقدرة ، فللقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة ، وهى فى الغالب ذات حدين وللقاضى أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، على أن من عقوبات التعازير ما هو ذو حد واحد كالتبويب والنصح ، ولكن القاضى مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هى بالذات الملائمة للجريمة والمجرم .

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولى الأمر ، أما التعازير فتقبل العفو من ولى الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم ، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً .

٤٧٩ - أنواع التعازير : التعازير على أنواع فى الشريعة ، وسنذكر

فيما يلى أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلاً موضع العمل ، وعليها أن لا ننسى أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

٤٨٠ - عقوبة القتل : الأصل فى الشريعة أن التعزير للتأديب ، وأنه

يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً^(١) فينبغى أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة ، ومن ثم فلا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٤ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٦١ ما بعدها .

(٢) المراجع السابقة وبصورة الأحكام ج ٢ ص ٢٦٤ والإقناع ج ٤ ص ٢٦٩ .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله ، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة^(١) .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية ، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها ، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه ، أو كان استئصال المجرم ضرورياً لدفع فساد وحمية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة ، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية^(٢) ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى ، فما يظن توسعاً في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهري في أكثر الحالات ، فمثلاً يبيح الحنفية القتل تعزيراً في جريمة القتل بالمثل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً في الحالة الأولى أو حداً في الحالة الثانية ، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القاتل بالمثل قصاصاً وقتل اللاتط والموط به حداً ، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتداً بدعوته للبدعة فيقتل حداً .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ - الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٦ - الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨ ، ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٧ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٨ .
(٢) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكيين القتل تعزيراً ويفضلون أن يحبس الجاني المفسد الذي يستنصر بجرائمه إلى غير أمد لسكف شره من الجماعة ، ويؤيدهم في هذا الاتجاه بعض الحنابلة .

والقتل تعزيراً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تعزيرية محدودة العدد ، وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود هي : الزنا ، والحاربة ، والردة ، والبغى . وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد ، فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يحيزون القتل تعزيراً ، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً ، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها ، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض ، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة في هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزي مثلاً يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام ، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام . ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية في العهد الأخير أن تُلغى عقوبة القتل ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين ، بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلاً كإيطاليا والروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شراح القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة ، وهذه هي نفس المبررات التي قال بها فقهاء الشريعة .

٢٨١ - عقوبة الجلد : تعتبر عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية في

الشريعة ، فهي عقوبة من العقوبات المقررة للحدود ، وهي من العقوبات المقررة

في جرائم التعازير ، بل هي العقوبة المفضلة في جرائم التعازير الخطيرة . ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطيرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه ، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذي يلائم جريمته ويلائم شخصيته في آن واحد .

وتتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذاً لا يتقل كاهل الدولة ، ولا يعطل المحكوم عليه عن الإنتاج ، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال في الحبس مثلاً ، فالعقوبة تنفذ في الحال ، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله ، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله .

وأهم ميزة عقوبة الجلد أنها تحمي المحكوم عليه من شر الحابس وما تجرعه على الحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة ، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد : اختلف في الحد الأعلى للجلد ، فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولى الأمر ؛ لأن التعزير يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر ، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب في جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة (١)

ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الحد الأعلى للجلد في التعزير تسعة وثلاثون سوطاً ، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطاً . وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » ويرجع الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف إلى أن أبا حنيفة وسعد رأيا أن لفظ الحدود ورد في الحديث منكرأ ، فقالا : إن المقصود به حد ما ، والأربعون حد كامل للرقيق ، فإذا نقصت سوطاً أصبح الحد

الأعلى للتعزير تسعة وثلاثين ، أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد إلى حد الأحرار وأقله ثمانون ، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطاً ولكنه اقتفى أثر علي بن أبي طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطاً ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار^(١) .

وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأى أبي حنيفة ومحمد ، والثاني يتفق مع رأى أبي يوسف ، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد عن خمسة وسبعين^(٢) ولا يصل إلى مائة^(٣) بشرط أن تقاس كل جريمة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف ، وينقص تعزير السب عن حد القذف ، أى : أنه لا يباغ بالتعزير في معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا ، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

وفي مذهب أحمد آراء متعددة، منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التي ذكرناها في مذهب الشافعي، وهناك رأيان مختلفان : أولهما : أن الجلد لا يصح أن يبلغ في كل جنابة حداً مشروعاً في جنسها ، ولكنه يصح أن يزيد على الحد في جنابة من غير جنس الجنابة المشروع فيها الحد ، فمثلاً حد الزاني غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزاني المحصن الرجم ، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة إذا كان الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حداً في غير حد ، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصناً أن يجلد مائة جلدة فأكثر ؛ لأن حد الزاني المحصن هو الرجم والجلد أيما كان عدد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠١ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

(٣) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجريمة مما لم يرد في نوعها حد مقدر . راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسية ، ص ٥٧ والطرق الحسكية ص ١٠٦ . ولم أجد لهذا الرأي أثراً فيما لدى من كتب الشافعية .

الجلدات لا يبلغ حد الرجم ، وثانيهما : أنه لا يصح أن يزداد في التعزير على عشرة أسواط بأى حال ، وحجة القائلين بهذا رأى الأخير مارواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى »^(١) وينسب بعض الفقهاء هذا رأى للشافعية ، ولكنى لم أجده أثرا فيما لدى من كتب الشافعية ، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعى قال : إذا صح الحديث فهو مذهبي والحديث الذى بنى عليه هذا رأى صحيح^(٢) .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحد إلى حديث الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » وقوله : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » فأما الحديث الأول فلا يرد من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ ، وعندهم أنه لا حد لأكثر التعزير ، وأن للإمام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس ، وأما الحديث الثانى فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء في مذهب أحمد ، ومن رده يردّه ؛ لأنه منسوخ ، أو لأنه مقصور على زمن الرسول^(٣) .

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا في تفسيره ، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة في التعزير إلى العقوبة في أدنى الحدود ، ونظر فريق منهم إلى العبيد فقال : إن الحد ينصف لهم ، فأدنى الحدود حدودهم ، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة ، وقال الفريق الثانى : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد الرابع . الاختيارات ، ١٧٨ - المغنى ج ١٥ ص ٣٤٧ ، الطرق الحكمية ص ١٠٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - الطرق الحكمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦٣ .

لهم هو ثمانون جلدة ، وفسر البعض الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية إلى عقوبة الحد على وجه العموم ، أو أن تصل العقوبة التعزيرية على ما في جنسه الحد إلى عقوبة الحد ، ويرى هؤلاء أن تقاس الجرائم بعضها على بعض ، فما مائل الشرب والقذف في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين ، وما مائل الزنا في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة . وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة في جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن في جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها ، فمثلا لا يجوز عقاب من وجد في فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا مادام لم يطأها ؛ لأن حد الزاني غير المحصن هو الجلد مائة جلدة ، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة ؛ لأن حد الزاني المحصن الرجم ، ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة ؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا ، وإذا لم يكن في جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذي يراه ولي الأمر^(١) . فكأن الغرض من الحديث أن لا يعاقب على جريمة شرع في جنسها الحد بعقوبة الحد مادامت شروط عقوبة الحد لم تتوفر حتى لا يسوى في العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة ، وبين الفعل الذي توفرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذي لم تتوفر فيه هذه الشروط . ولعل هذا الرأي الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات ؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر ، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد ؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٧ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٤ .

وليس في الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأية جريمة من جرائم التعزير، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود، فيعاقب بالجلد على السرقات التي لاحد فيها، وعلى الزنا الذي لاحد فيه، وعلى القذف الذي لاحد فيه وهكذا^(١)، ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التي ليس في جنسها ما يوجب الحد، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديباً وأكثر ردعاً عن ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمفروض أن الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود هي أخطر الجرائم^(٢).

٤٨٢ - الحبس : الحبس في الشريعة على نوعين ، حبس محدد المدة، وحبس غير محدد المدة .

٤٨٣ - الحبس المحدد المدة : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين . ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرين أو ممن لا يردعهم إلا الجلد .

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد ، أما حده الأعلى فغير متفق عليه ، فيرى البعض أن لا يزيد عن ستة أشهر ، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة ، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولى الأمر^(٣) .

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون ، ويشترطون أن لا يصل إلى سنة ؛ لأنهم يقيسونه على التغريب في حد الزنا ، والتغريب لا يزيد على عام فوجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) قصرة الأحكام ج ٢ ص ٣٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام

السلطانية ص ٢٠٦ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٨ .

أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بحد في غير حد وظاهر المذاهب الأخرى .
أما لا تقيس الحبس على التعزيب .

ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤي أن إحدى العقوبتين لا تكفي وحدها ، ولكن الشافعيين يشترطون في هذه الحالة أن لا يقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعتبر مكملًا لما نقص من العقوبة الثانية ، فإذا ضرب الجاني نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس ، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاثة أرباع مدة الحبس وهكذا . ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط فيجوز عندهم أن يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التي تكفي لتأديبه وزجر غيره ^(١) .

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدي غالبا إلى إصلاح الجاني وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافا بينا عن موقف القوانين الوضعية ، ذلك أن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأولى أو هي العقوبة الأساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريبا سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة . أما في الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية لا يساقب بها إلا على الجرائم البسيطة ، وهي عقوبة اختيارية للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها ، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب ظنه أنها مفيدة .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل إلى حد كبير عدد الحبوسين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية ، وأن يزيد عددهم إلى غير حد في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية .

(١) نبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام السلطانية ص ٢٥٦ - المفتى ج ١٠ ص ٢٤٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٩٢ .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هي أول المشاكل التي تبرز أمام شراح القوانين الوضعية ، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية في كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلات بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها ، وأدى ذلك إلى أن السجن أصبحت مباءة للتأمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام ؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعارف والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم في حاجة إلى الردع ، بينما تفسد الصالحين من المسجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب عقوبة الحبس فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها ، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية ، من ذلك نظام الفصل بين المسجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم بالصمت المطلق ، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة ويقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمنعهم من الاتصال والكلام . ومن ذلك نظام الانفراد نهارا وليلا وهو نظام كثير النفقة قليل الإنتاج يؤدي بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدي ببعضهم إلى الانتحار . ومن ذلك النظام التدريجي أو النظام الأرنلدى وهو يبدأ بالحبس الانفرادى ثم يحبس المسجون بعد مدة منفردا ليلا وفي النهار يجتمع مع باقي المسجونين على أن لا يتكلم معهم ، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس في الشريعة فإنها لا تؤدي إلى مثل النتائج السابقة ؛ لأنها لا توقع إلا في بعض الجرائم البسيطة وعلى المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضى أنها تردع الجانى ، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلا ، ومدة بقائهم في السجن قصيرة ، وأخلاقهم غير فاسدة ، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده ، وهكذا تنتفى أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة في

القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤ - الحبس غير المحدود المرة : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدود

المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادوا الإجرام ، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة ، أو تكرار منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة ، ومن لا تردعهم العقوبات العادية ، ويظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا بقي محبوسا مكفوبا شره عن الجماعة حتى يموت ^(١) .

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدما ؛ لأنه حبس لأمدة له ، بل هو حبس حتى الموت ينتهى بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدود المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التي عرفتها القوانين الوضعية في أواخر القرن التاسع عشر ، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا ، وأول من قال من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة ، إذ للعقاب في رأيهم وظيفتان : الاستئصال والإصلاح ، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة ، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته .

وتعتبر العقوبة غير المحددة المدة في عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية في تدابير الأمن mesures de sureté ومن أحدث العقوبات التي يعالج بها الإجرام على أساس من علم النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة في عدم تعيين المدة ، فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة ، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هي التي تحدد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٠ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٢ .

عليه ، فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله ، وقد تبقية في سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى صلاحه ، وقد أخذ القانون الفرنسى الصادر في ٢٧-٢-١٨٨٥ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفي كمقوبة مؤبدة وخول السلطة الإدارية أن تخفضها إن رأت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة .

وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبياً فيصدر القاضى الحكم محددًا مدة العقوبة مبينًا حداها الأدنى الذى لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذى لا يصح أن تزيد عنه ، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تحلى سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلاح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة ، فإن لم ينصلح حاله بقى حتى يستوفى الحد الأعلى .

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الأقصى . كالقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ ، وبعضها يحدد الحد الأقصى دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

وقد أخذ القانون المصرى بعد التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين إذ أجاز للنياية العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه فى أحد محلات المجاذيب - م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى تقضى بوضع المتهمين المصابين بالنورستانيا أو المدمنين على تعاطى المسكرات فى محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة غير المعينة المدة ، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة ، وأن بعض القوانين يقيّد مدة العقوبة بينما يجمع البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد ، وسواء أخذت

القوانين بالنظرية مطلقة أو مقيدة فهي نظرية الشريعة الإسلامية ، وما التقييد والإطلاق في الواقع إلا تنظيم لتطبيق النظرية .
وليس بعد هذا من ينكر فضل الشريعة وسبقها في تقرير أفضل نظريات العقاب .

٤٨٥ - التغريب أو الإبعاد : تكلمنا عن التغريب بمناسبة الكلام على عقوبات الزنا ، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا وبقية الأئمة يرونه حدا ، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يعتبر تعزيرا باتفاق .
ويلجأ لعقوبة التغريب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها .

ويرى بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد أن لا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة ؛ لأن التغريب شرع في الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لا تصل مدته في التعزير عاما تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » .

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة ؛ لأنه لا يعتبر التغريب حدا وإنما يعتبره تعزيرا ، ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب عن سنة مع تسليمه بأن التغريب حد ؛ لأنه يرى الحديث منسوخا .
ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد .

والقائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد عن سنة لا يحددون مدة التغريب بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة ، ويتروكون لولي الأمر أن يأذن للمغرب في العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

والمحكوم عليه بالتغريب لا يحبس في مكان معين ، ولكن يصح على رأي البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود ، ولكن ليس

له اتفاقاً أن يعود إلى الحل الذى غرب عنه قبل انتهاء مدة التغريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتغريب مدة . ولقد عاقب رسول الله بالتغريب فأمر بإخراج الخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده ، من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضبيعا بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه . وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة .

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب ؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يحدى فى إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذى كان لهم فى الجماعة قبل الجريمة ، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته ، ومن ثم يظل منبوذاً من الجمهور ويضطر اضطراراً إلى أن يسلك نفسه فى زمرة المجرمين والمفسدين ، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى أن يستعيد مركزه فى الهيئة الجديدة التى ينضم إليها .

وقد أخذت الدول الأوروبية بنظرية التغريب وطبقته فى قوانينها ، فأنجلترا مثلاً كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى استراليا ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات ، والقانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعد على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم ، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة فى المستعمرات وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين . والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة . أو السجن فى إحدى المستعمرات .

٤٨٦ - الصلب : تكلمنا عن الصلب باعتباره حداً يعاقب به على جريمة

الخراة ، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله ، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب . وقد كان تقرير الصلب حداً لجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية . والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسبقه ، وإنما يصلب الإنسان حياً ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه ، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلى لإيماء ، ويشترط الفقهاء في الصلب أن لا تزيد مدته على ثلاثة أيام .

ومما يحتج به لمشروعية عقوبة الصلب التعزيرية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عذر رجلاً بالصلب وصلبه على جبل يقال له أبو ناب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير ، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره ، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب ؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدي إلى إصلاح الجاني وتأديبه وحماية الجماعة من شره تعتبر عقوبة مشروعة^(١) .

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هي عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معاً ، وهي أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمنًا ما ، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمنًا طويلاً أو قصيراً .

ويجب أن لا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كمعقوبات الحدود أو القصاص ، وعلى هذا فالأمر في جعل الصلب عقوبة أو إهمالها متروك للهيئة التشريعية ، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلمة أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها .

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦٦ .

٤٨٧ - عقوبة الوعظ وما دونها : يعتبر الوعظ عقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية ، ويجوز للقاضي أن يكتفي في عقاب الجاني بوعظه إذا رأى أن في الوعظ ما يكتفي لإصلاحه وردعه .

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى : ﴿ واللاتي يخافون نشوزهن فمظوهن ﴾ [النساء : ٣٤] .

وفي الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ فالفقهاء يعتبرون مجرد إعلان الجاني بجريمته عقوبة تعزيرية ، وفي إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية .

ويجب أن لا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ - عقوبة الهجر : ومن العقوبات التعزيرية في الشريعة الهجر ، وقد ورد به القرآن تعزيراً للمرأة في قوله تعالى ﴿ فمظوهن واهجروهن في المضاجع ﴾ . وقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم بالهجر ، فأمر بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه في غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك ، ومرارة بن ربيعة العامري ، وهلال ابن أمية ، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى : ﴿ وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم ﴾ [التوبة : ١١٨] .

وعاقب عمر رضى الله عنه ضبيعاً بالهجر مع الجلد والتغريب ، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب ، وكتب عامل البلد الذي غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس في كلامه .

٤٨٩ - عقوبة التوبيخ : ومن العقوبات التعزيرية في الشريعة عقوبة

التوبيخ ، فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه .

ولقد عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبيخ ، ومن ذلك ما رواه أبو ذر - رضى الله عنه - قال : سأيت رجلا فغيرته بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أباذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله ، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلا : « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق » فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد : طأعليه حتى ترضى .

٤٩٠ - عقوبة التهديد : والتهديد عقوبة تعزيرية فى الشريعة بشرط أن لا يكون تهديداً كاذباً ، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه ، ومن التهديد أن ينفذه القاضى بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس أو سيعاقبه بأقصى العقوبة ، ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة .

وقد عرفت القوانين الوضعية عقوبتى التوبيخ والتهديد ، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة والمجرمين المبتدئين ، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لزجرهم وإصلاحهم .

وقد طبق القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة ، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة فإن عاد المجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفة ، وبعضها يرى أن لا يصدر القاضى حكماً بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين ، وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى أن لا يعود لجريمته .

وهذه الوسائل المختلفة التى تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقاتاً للتهديد بالعقوبة ، ويكفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرناً وأكثر .

٤٩١ - التشهير : ومن عقوبات الشريعة التعزيرية التشهير ، ويقصد بالتشهير : الإعلان عن جريمة المحكوم عليه ، ويكون التشهير فى الجرائم التى يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش .

وكان التشهير يحدث قديماً بالمناداة على المجرم بذنبه فى الأسواق والحلات العامة حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى ، أما فى عصرنا الحاضر فالتشهير ممكن بإعلان الحكم فى الصحف أو لصقه فى الحلات العامة .

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير وقد أخذ بها القانون المصرى فى بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى .

٤٩٢ - عقوبات أخرى : وليست العقوبات السابقة هى كل عقوبات التعزير فى الشريعة الإسلامية ؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لأولى الأمر أى الهيئة التشريعية ، يختارون منها ما يرونه صالحاً لمحاربة الإجرام وإصلاح المجرمين وتأديبهم ، ويتركون ما يرونه غير صالح ، ولا يتقيدون فى ذلك بقيود ما إلا بمراعاة الأسس العامة التى تقوم عليها نظرية العقاب .

والعقوبات التى ذكرناها هى أهم العقوبات العامة التى يمكن أن تطبق فى كل جريمة ، وهناك عقوبات أخرى ليست عامة ولا تنطبق على كل الجرائم وأهمها :

١ - العزل من الوظيفة : وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء

كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجاناً .

٢ - الحرمان : ومعناه حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً ، كالحرمان من تولى الوظائف ، ومن أداء الشهادة وكالحرمان من سلب القتل ، والحرمان من سهم الغنيمة ، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ - المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ما حرمت حيازته .

٤ - الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم ، كهدم البناء المقام في الشارع العام وإعدام أواني الخمر واللبن المشوش .

وهذه العقوبات جميعاً تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها .

٤٩٣ - عقوبة الغرامة : من المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التي تلائم السرقة وذلك قول الرسول : «ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة» ومن ذلك عقوبة قاتم الضالة فإن عليه غرامتها ومثلها معها ، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله^(١) .

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها في كل جريمة ، فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة^(٢) .

والذين يعترضون على الغرامة المالية يحتاجون بأنها كانت مقررة في عهد

(١) غانة اللهفان ج ١ ص ٣٣١ - أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة والمغني ج ١٠ ص ٣٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ - مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٩ .

الرسول ونسخت ، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام ، وأنه يخشى أن يكون في إباحة الغرامة المالية ما يفرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة، فاشتروا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله فإن صلح حاله رد إليه ماله ، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر . ويمكن أن يؤيد الرأي المعارض في الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدي إلى تمييز الأغنياء على الفقهاء ؛ لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً أما الفقير فلا يستطيع ذلك ، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهي أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى .

وفي عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقت أموالها ، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم ، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التي اعترض بها على الغرامة . كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب عليها بعقوبات مالية تافهة كالتخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفع الغرامة ، وبهذا يضعف أحد الاعتراضات الأخرى على الأقل في هذه الجرائم البسيطة .

وعلى كل حال فإن الفقهاء الذين يرون جعل الغرامة عقوبة عامة يقررون أنها لا تصلح إلا في الجرائم البسيطة ، ولم يحاولوا أن يضموا للغرامة حداً أدنى أو حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر .

والقوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية في معظم الجرائم ، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين : الأولى : هي التنفيذ الجبرى على أموال المحكوم عليه ، فإن لم يكن له مال فالثانية وهي : الإكراه البدنى ، وهو يكون بتشغيل

المحكوم عليه في عمل حكومي إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة ، ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهى بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تعتبر عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة .

وشراح القوانين الوضعية يترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها ، ويرون في عقوبة الغرامة بالرغم من عيوبها وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوئ عقوبة الحبس ، فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها ولا لئلا ؛ لأن مساوئها أقل من مساوئ عقوبة الحبس ، وإذن فهم لا يحرصون على الإصلاح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادراً عليه وممتنعاً عن دفعه كما هو الحال في دين النفقة . أما إذا كان المطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به ؛ لأن الحبس في الدين لم يشرع إلا للحمل المدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه . لكن ليس في الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه في عمل حكومي لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره ، ونظرية الشريعة في هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية ؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه بالشغل هو تنفيذ على ماله ما دام لا مورد له إلا عمله ، ولا يكاد التنفيذ جبراً بالشغل يختلف شيئاً عن التنفيذ جبراً على المال ، أما حبس المحكوم عليه مقابل الغرامة في حالة العجز عن الدفع فمعناه أن المحكوم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس ، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء ، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غيره مشروعة .

وليس في الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها في كل الجرائم التعزيرية أو معظمها ؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية ولأن العقوبة الأساسية في معظم الجرائم هي الجلد ، فاعدمت بذلك مساوئ

عقوبة الحبس تلك المساوىء التي وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها في القوانين الوضعية .

والأصل في الشريعة أن الجرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف في بساطتها وشدتها ، وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو المقررات التي يراها ملائمة للجريمة وللجاني ، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة في مجموعة عقوبات التعزير فيكون للقاضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة والمجرم . فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها في أى حال .

الفصل الخامس

مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - العقوبات الشرعية والدممانيات : ينأى فيما سبق أنواع العقوبات في الشريعة الإسلامية والمميزات التي تميز كل نوع عن النوع الآخر . وقلنا إن الشريعة حرصت في عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص على تقرير عقوبة أو عقوبات خاصة لكل جريمة ، وإنها نظرت في تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون المجرم ، وإنها حدثت من سلطة القاضى تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مخيراً ، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها ، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها ؛ لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة . وكما حدثت الشريعة من سلطان القاضى حدثت من سلطان المشرع ، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى ، فليس له مثلاً أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس ، وأن يزيد عقوبة الجلد عن ثمانين جلدة

فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية ، وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى ، أو ينقص الدية ، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية^(١) .

والجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجاني هي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي : (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراية (٦) البنى (٧) الردة (٨) القتل العمد (٩) القتل شبه العمد (١٠) القتل الخطأ (١١) الجرح العمد (١٢) الجرح الخطأ . مجموع الجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجاني هو اثنتا عشرة جريمة ، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة وإلى الجرم معاً .

وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشدها في هذه الجرائم الاثنتي عشرة وتساهلها في بقية الجرائم وهي تعد بالمثلثات ، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعاً إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتي عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهي مئات ، والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين عدد الجرائم الأخرى هي نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التي تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وقارناها بعدد النصوص التي تكلمت عن الجرائم الأخرى .

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصري أن المواد التي تتكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة ، بينما النصوص التي تتكلم على الجنايات والجناح تبلغ ثلاث مائة مادة ، وهناك قوانين خاصة تعاقب على جناح كثيرة ، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضاً وهي في الواقع أكثر من ذلك بكثير كان عدد الجنايات والجناح داخلا

تحت ستائة مادة ، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨٪. وهى نسبة لاشك فى ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع فى يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة فى تشددتها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هى جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية، وأن معظم الجرائم الباقية نادر الوقوع وأقلها هو الذى يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التى تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص . ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصائيات الجنائية ، فإن هذه الإحصائيات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هى أكثر الجرائم وقوعاً فى الحياة اليومية ، وأن هذه الجرائم الإثنى عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم ، ونستطيع أن نتخذ الإحصائيات الجنائية المصرية دليلاً على ذلك فقد بلغ عدد الجنايات ٨١٧٥ جناية فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ - منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد، ١١١٩ جناية شروع فى قتل، ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جناية هتك عرض وفسق، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت، ١١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة، ٦٣٤ جناية عود وكلها تقريباً سرقات ، وهذه جميعاً من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ٦٢٧٠ جناية ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنايات تقع بنسبة ٦ و ٧٦٪ من مجموع الجنايات .

و بلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب، ٤٦٩٥ جنحة تعد

ومقاومة وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ١٨١٧٦٢ جنحة ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص في الجنح تقع بنسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنح تقريبا .

ولورجعنا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنايات بلغ ٦٩٥٧ جناية في سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ ، منها ٥٤٩٦ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكان نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنايات في هذه السنة ٧٩ ٪ . أما عدد الجنح فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة في سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكان نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنح ٥٩ ٪ .

وفي سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ كان عدد الجنايات ٧٨٣١ جناية منها ٤٧٨٢ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنايات ، وفي هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

هذا هو منطق الإحصائيات الجنائية التي لا تكذب يقول في صراحة إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها في عشرين سنة ٧٢ ٪ من مجموع الجنايات و ٦٣ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصائيات بصفة قاطعة أن الشريعة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هذه الجرائم إنما قصدت أن تنفض على أكثر الجرائم تكراراً وأشدّها هولاً ، أو قصدت أن تقضي على الإجرام قضاء مبرماً ، والواقع أننا لو رفعنا من الإحصائيات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى في الإحصائيات إلا الجنايات والجنح التافهة

أو الاعتبارية التي لا تخل بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتي يكفي في ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصائيات تؤكد ما قلناه من قبل ، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة : هي : حفظ الأمن ، وتثبيت النظام ، وصيانة الأخلاق ، ولا شك أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقتها قد سلم لها كل شيء ، ولم يقف في طريق تقدمها ورفقها أى شيء .

٤٩٥ - العقوبات الشرعية والتجارب : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام فإن هذا وحده لا يكفي لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية ، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام ، إذ العبرة في هذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات ، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات ، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت في القضاء على الإجرام .

والتجربة وحدها هي التي تبين قيمة الأنظمة الجنائية ، ولا عبرة بالمنطق المألوف الذي يصح مرة ويخيب أخرى ولست آتى بمجديد حين أقول هذا ، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين في اتحاد القانون الدولي ، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائي هو الذي يؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة ، وأن التجارب هي وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية ، وتبين أن هذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية ، وكانت التجارب التي امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين : كلية ، وجزئية .

فأما التجربة الكلية فقد بدىء بها في مملكة الحجاز من حوالى عشرين عاماً

حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقاً تاماً ، ونجحت نجاحاً منقطع النظير في القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام ، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلفاً في الحجاز بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال في كثرة الجرائم وشناعة الإجرام . فقد كان المسافر فيه كالقائم لا يأمن على ماله ولا على نفسه في بدو أو حضر في نهار أو ليل ، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم ، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتمثيل بهم ، وظل حماة الأمن في الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت الشريعة الإسلامية ، فانقلبت الحال بين يوم وليلة ، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين ، وانتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق ، وأصبحت الجرائم القديمة أخباراً تروى فلا يكاد يصدقها من لم يعاصرها أو يشهدها ، وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام ، فهذا يفقد كيس نقوده في الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه ، وهذا يترك عصاه في الطريق فتقطع حركة المرور حتى تأتي الشرطة لرفع العصا من مكانها ، وهذا يفقد أمتعته ويأس من ردها ولا يبلغ عنها ولكنه يجد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه ، وبعد أن كان الأمن يعجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج أصبح الأمن محفوظاً بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هي التجربة السكلية وكفى بها دليلاً على أن النظام الجنائي في الشريعة الإسلامية يؤدي عملاً إلى قطع دابر الجريمة ، وإنه النظام الذي يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولي .

أما التجربة الجزئية فقد قامت بها أولا إنجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى ، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا . وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير . وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية ؛ لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعة وهى عقوبة الجلد ، فأنجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية فى قوانينها الجنائية والعسكرية ، ومصر تعترف بها فى قوانينها العسكرية ، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية فى الجرائم التى يرتكبها المسجون ، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريبا عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمن العام ، وهذا اعتراف عام عالمى بأن عقوبة الجلد أفضل من أية عقوبة أخرى ، وأنها الوحيدة التى تسكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام ، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى عن عقوبة الجلد شيئا فى هذا الباب ، وهذا الاعتراف العالمى هو فى الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية فى محاربة الجريمة ؛ لأن عقوبة الجلد هى إحدى العقوبات الأساسية فى الشريعة .

٤٩٦ - العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان :- هذه هى التجارب قاطعة

فى أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة وأن أى نظام جنائى وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التى يصل إليها نظام الشريعة الجنائى ، ولعل السرفى نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان ، ففى طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، وهو لا يأتى أى عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه ، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره ، فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة فى ذلك مادام يخشى أن يموت ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له فى ذلك مصلحة ؛ لأنه يرجو الوصول إلى منفعة ولا يخشى من وراء عمله ضررا ذا بال ، والمرء قد يخاف ركوب الطائرة ولا يخاف ركوب السيارة ، ويخشى أن

يصعد الجبل الشديد الانحدار ولا يخاف تسلق التل المنبسط ، ويخشى أن يركب
الفرس الجروح ، ولكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول والإنسان في هذا كله
يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما ، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها
وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه ، وطبيعة الإنسان تلازمه في الخير والشر ،
في الأعمال المباحة والأعمال المحرمة ، فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من
منفعة ، ولا ينتهي عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها ، فكلما اشتدت العقوبة
كلما ابتعد الناس عن الجريمة ، وكلما خفت العقوبة كلما ازداد إقبالهم على الجريمة ،
وكلما نظرنا إلى الجريمة دون الجرم أيس الجرم فلم يطمع في استعمال الرأفة ونأى
بجانبه عن الجريمة وسلك طريق الاستقامة ، وقد استغلت الشريعة طبيعة الإنسان
فوضعت على أساسها عقوبات الجرائم عامة وعقوبات جرائم الحدود والقصاص
خاصة . ونظرت في الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون الجرم ؛ لأن هذه الجرائم
من الخطورة بمكان ، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها ، فالتساهل فيها يؤدي إلى
أسوأ النتائج ، والتشدد فيها يؤدي إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة في القانون المصري تثبت أن إهمال شخصية المجرم في الجرائم
الخطيرة يؤدي إلى أفضل النتائج ، فقد رأى الشارع المصري أخيراً أن يهمل شخصية
الجاني إلى حد ما في جرائم المخدرات فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو
قانون يشدد عقوبة إحراز المخدرات ويضع حداً أدنى للعقوبة كما يقضى بأن لا تقل
العقوبة عن ضعف الحد الأدنى في حالة العود ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد
ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة وصارت تقل
سنة بعد أخرى ، فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة في سنة ١٩٢٦ -
١٩٢٧ أى في السنة السابقة على صدور القانون ، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة في
سنة ١٩٢٨ - ١٩٢٩ ، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة في سنة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ ونزلت
إلى ١٩٢٢ جريمة في ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة في سنة ١٩٤٢ -

١٩٤٣ وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم في الجرائم الخطيرة هو العامل الأول في محاربة الجريمة ، وأن نظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة هي النظرية المثلى ، بل إن هذا الإحصاء في ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة في العقوبة .

الفصل السادس

العقوبات في القانون المصرى ومدى صلاحيتها

٤٩٧ - أنواع العقوبات : تختلف أنواع العقوبات في القانون المصرى باختلاف الجرائم ، وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام ، وجعل جساماة الجريمة أساساً لهذا التقسيم ، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنائيات ، وأقلها جساماة تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا ، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات . وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة ، فعقوبات الجنائيات هي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن . وعقوبات الجنح هي الحبس والمراقبة والغرامة وعقوبات المخالفات هي الحبس والغرامة ، والفرق بين الحبس في الجنح وبينه في المخالفات أنه لا يزيد في المخالفات عن سبعة أيام وقد يصل في الجنح إلى ثلاث سنوات ، والفرق بين الغرامة في الجنح وبينها في المخالفات أنها لا تزيد في المخالفات عن مائة قرش وتزيد عن ذلك في الجنح .

وعقوبة الإعدام هي إزهاق روح المحكوم عليه ، وتختلف قوانين البلاد المتمدينة في كيفية تنفيذ العقوبة ، ففي بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال في مصر ، وفي بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما في فرنسا وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما في الولايات المتحدة الأمريكية .
وعقوبة الأشغال الشاقة سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هي وضع المحكوم

عليه في محبس مع تشفيله في أشق الأشغال التي تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات) . وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة في أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات) والسجن العمومي هو السجن الذي يقع في دائرة المديرية .

أما عقوبة السجن فهي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية . تشفيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد عن خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤ ، ١٦ عقوبات) . وعقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص ، والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطاً ، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة . ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هي كلها في جوهرها عقوبات حبس يتفاوت في مدته أكثر مما يتفاوت في نوعه ، أما اختلاف العمل الذي يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئاً ، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التي يعترف بها القانون المصري هي الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصري يعترف بعقوبة الجلد ويخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧ م فلما عدل القانون في هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ . كذلك كان القانون المصري يعترف وقت وضعه بعقوبة النفي مؤبدة ومؤقتة ، فلما عدل في سنة ١٩٠٤ ألغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات

أضعفت من أثر العقوبة الملقاة ولكن رأى يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفي بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفي الإدارى إلى الطور في بدء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٠ . كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتموين والتسكير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية في القانون المصرى عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية ، وهى خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث ، وهذه العقوبة في جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون .

٤٩٨٠ - سلطة القاضى في تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون على كل جريمة وعلى العقوبة المقررة لها ، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روى فيها أن تكون مناسبة للجريمة ، وجعل الشارع لكل عقوبة عدا الإعدام والتوبيخ حدين : أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها ، والثانى : ينزل بها إلى أدنى هذه الدرجات ، وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداها أخف من الأخرى .

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة في تطبيق العقوبات التى قررت للجرائم فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة ، وأن يختار من بين حديها الكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك للقاضى الحق في أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوبتين المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق على جرائم الجنايات دون غيرها ، فللقاضى أن يستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس ، وله أن يستبدل بعقوبة السجن عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات على محكمة الجنح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بعقوبة الحبس فقط المقررة للجنح ، وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنب الجنايات ما دامت مقترنة بعذر قانونى معين أو بطروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة ، وما دامت عقوبة الفعل الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة ، والنتيجة العملية للسلطة الممنوحة لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن فى كل جنائية تحال إلى محكمة الجنح وهى نتيجة تتفق مع النتيجة التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس لمدة لا تزيد على سنة إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (المادة ٥٥ عقوبات) .

٤٩٩ - المدة فى منح القاضى هذا السلطان : وقد اضطر واضعو القانون اضطراراً إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع ؛ لأنهم رأوا العلماء يحققون فى وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فأثروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلاً عملياً وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة ، وأن يراعى مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة ، وصلحه مع الجنى عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهمها بوشدد العقوبة . وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة ما دامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء ؛ لأن القاضي يراى منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها ، أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحكمها جميعاً . كان هذا هو المفروض المقدور ، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء ؟ إن مقياس النجاح فى هذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين ، ونظرة واحدة إلى إحصائيات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقاً لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

٥٠٠ - لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة ؟ والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح ، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور ببعض الشيء لما وقعوا فى هذا الخطأ الشنيع ، لقد عرفوا أن العلماء عجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة ؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادئ متعارضة ويجمعونها ماثلة فى كل العقوبات ، فكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجبرونهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادئ فى كل جريمة دون استثناء ؟ وهل يستطيع القاضي أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجاني المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بمقوبة تتلاءم مع ظروف الجاني بقدر الإمكان ، وهذا الحكم الذى ينقذ الجاني من العقوبة المغالطة يضحى فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها ، ويؤدى إلى نتيجة لا يحصى عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة فتزداد الجرائم ويختل الأمن ، فالعقوبة التى وضعت لصالح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسئ استعمالها ، ولا بد للقاضي أن يسئ استعمالها على الوجه الذى بينا نحكم الظروف القاهرة التى أحاطه بها القانون الوضعى .

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجاني ، فهل يصعب في أية جريمة مهما كانت خطورتها أن لا تجد لجان عذراً مخففاً ؟ فتارة الجاني شاب يافع وتارة هو متقدم في السن ، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض ، وتارة استفز لارتكاب الجريمة ، وتارة وقع تحت مؤثرات قوية ، وتارة دفعته للجريمة عقيدته السياسية أو الوطنية ، إلى غير ذلك من الأعذار التي لا تفرغ منها جعبة الجناة والمدافعين عنهم ، وهل يستطيع القاضي أن يصم أذنيه فلا يسمع دفاعاً . ويفلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً ، ويوقف عقله فلا يفكر في ظروف المتهم ، ولا يقدرها خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرصها ؟ صحيح إن القانون أجاز للقاضي أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها ، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضي يساوى تماماً الإلزام بل هو عين الإلزام ؛ لأن الاعتراف بالظروف المخففة وترتيب أثر قانوني لها هو بمثابة تقرير حق الجاني قبل القاضي أساسه هذه الظروف المخففة ، فأى قاض يستطيع أن ينكر على الجاني حقه ، أو يستطيع أن لا يرتب على دفاعه إذا صح أثره ؟ .

وإذا كان واضع القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة ؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الشأن المجرد ، وإن الظن لا يفي من الحق شيئاً ، فالقاضي يعالج حقيقة الحالات فرادى ، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذي كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة ، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى المجرم معاً ، والقاضي ينظر إلى الجريمة والمجرم معاً ، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً في سبيل الاحتفاظ بالآخر ، والقاضي يفعل مثاهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر ، فيؤدى به موقفه إلى أن يضحى بهما معاً وبمصلحة الجماعة وأمنها في أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم في يد القضاة أنهم بشر ، وأن في طبيعة البشر التهرب من حمل المسؤولية ، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات (٤٦ - التشريع الجنائي الإسلامي)

سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها ، ولا يتعرض لحمل المسؤوليات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها ، فالقاضي يشعر عادة بثقل مسؤوليته حين يفكر في الحكم بالإعدام وتنفّر نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه مادام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة ، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس ، وقد يضايق القاضي أن يحكم على شخص ما نظروفه بالحبس مع النفاذ ، ولكنه لا يرى غضاضة في الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة ، كذلك لا ينفر القاضي ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أيا كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها ، وليس للقاضي بدعاً في هذا ، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه ، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب الحمال وباء بالخسران والخيال .

٥٠٦ - فشل واضعي القانون في علاج مشكلة العقاب ومظاهره :

ونستطيع أن نبين مما سبق أن واضعي القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء ، ويتمثل هذا الإخفاق في مظهرين لكل منهما أهميته وأثره وهما :

أولاً : تعطيل العقوبات الأصلية : ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام في اختيار العقوبة ، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التي وضعت أصلاً للجرائم بحيث أصبحت في حكم الملغاة ؛ لأن القاضي كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه باب التخفيف ، ويندر أن يفاق دونه هذا الباب ، ولا يطبق القاضي العقوبة الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك في كل الأحوال .

فمقوبة الإعدام وهي مقررة لحوالي عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن مع أن جريمة القتل وهي إحدى الجرائم العشرين التي يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل

تسع جرائم يوميا خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع . وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهي على خطورتها تزداد عاما بعد عام ، وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد في تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة في ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب . ولكن الإحصائيات وآسفاه ترينا ما لا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ما ينتهى إليه منطق الأشياء ، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار ، والأحكام المرادعة تقل باستمرار ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧^(١) فصلت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٢٢ شخصا ، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصا فقط واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٧/٦٠ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم على ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨/٨٠ . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٥٠ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٠٦ شخصا حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقيين عقوبات مخففة بعقوبة الإعدام ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٤/٤٣ . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائي السنوي لوزارة العدل وليس لنا فيه إلا استخراج النسب المئوية .

بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٩٥ شخصا حكم على ستة منهم فقط بالإعدام واستبدلت بعقوبة الإعدام عقوبات مخففة للباقيين ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٣١ ٪ .

فتوسط نسبة الأحكام التي قضت بعقوبة الإعدام في هذه السنوات الأربع المتتالية هي ٥٩ ٪ . وضالة هذه النسبة وتفاوتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لافئ جرائم القتل بصفة عامة ، ولكن في الجرائم التي يوجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها .

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة في القديم فإن الإحصائيات تدل على أن هذه النسبة كانت ٥٧ ٪ في سنة ١٩٢٦-١٩٢٧ ، وأنها كانت في السنة التالية لها ٢٩ ٪ . ويالها من نسبة قسنة بأن تحميل النظام فسادا والأمن خوفا ولعل واضع القانون لم يدر بخلده يوما ما أن يصل إلى هذه النتيجة ، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات المشددة .

ولعل فيما سبق الدليل الكافي على أن عقوبة الإعدام مغلطة ، وأنها تكاد تكون حبرا على ورق يعترف بها القانون وينكرها الواقع .

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فإنها لا تكاد تطبق كعقوبة أصلية ، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام . وإذا راجعنا إحصائية العقوبات الصادرة من محاكم الجنايات في سنة

١٩٣٦-١٩٣٧ نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء تسعة عشر شخصا حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أما الباقيون فعقوباتهم مستبدلة بعقوبة الإعدام . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصا من هؤلاء ٤٨ شخصا عقوبتهم أصلية والباقيون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩

كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا في القتل الذي لم يقترن بظروف ، وإلا في بعض جرائم الشروع في القتل المعاقب عليه بالإعدام ، أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فمثلا تدل الإحصائيات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦ - ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩ - ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم في كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية في جرائم القتل الذي لم يقترن بظروف في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ . كانت ٧٨ .٪ وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كانت ١٥٧ .٪ وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت ٨٩ .٪ وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت ١٢٩ .٪ ومتوسط النسبة في السنوات الأربع هو ١١٣ .٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة في جرائم الشروع ؛ لأن الإحصائيات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لا تجب فيه . ولا نعتقد أنها تزيد عن النسبة في جرائم القتل بل إنها قد تقل عنها كثيرا ، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ مثلا حكم على ٤٣٨ شخصا في جرائم الشروع في القتل من هؤلاء أربعة فقط حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

أما النسبة في جرائم السرقة فهي تكاد تكون معدومة ، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ أدين ١٢٨ شخصا ، كان يجب أو يجوز طبقا لنص القانون أن يحكم عليهم

بالأشغال الشاقة المؤبدة ، ولكن لم يحكم على أحد منهم بهذه العقوبة ، وفي سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ أدين ١٢٤ شخصا منهم اثنان فقط هما اللذان حكم عليهما بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى : بنسبة ١.٦ ٪ ، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢. ٪ وفي سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . وإذن فالإحصائيات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق في جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٠.٩ ٪ فقط .

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاها معطلة لاتطبق على الجرائم التي فرضها لها القانون ، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاها مثل هذا المصير ؛ ذلك أن الجنايات المعاقب عليها بعقوبتي الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال على محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان المتهم أعذار معينة أو ظروف مخفة ، وهذه الجنايات التي تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحيانا نصف ما يحال على محاكم الجنايات ، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنايات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض في القضايا التي تحال على محاكم الجنايات أنها نوعان : نوع عقوبته الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك ، ونوع عقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة ، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية ، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق ، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس ، وتدلل الإحصائيات على أن هذه القضايا يحكم فى ٣٨.٦ ٪ منها

بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية ^(١) ؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائما أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر في كل أدوار التحقيق ، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم في مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة في كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التي تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجench ، في سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢١٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصا من هؤلاء ٩٤١ شخصا حكم عليهم بعقوبة الجench ، وفي نفس العام حكمت محاكم الجench في ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصا بعقوبة الجench ، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصا ، والمحكوم عليهم بعقوبة الجench ٢٣٧٥ شخصا ، أي أن ٥٢٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجench بدلا من عوباتها الأصلية . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢٤٠٨ جناية على ٢٩٥ شخصا منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجench وفي نفس العام حكمت محاكم الجench في ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصا ، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجench ٢١٩٤ شخصا ، أي : أن ٥١٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجench بدلا من العقوبات الأصلية . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩٪ ، وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩٪ ، فتوسط ما يحكم فيه سنويا من الجنايات بعقوبة الجench هو ٥٠٪ من مجموع كل الجنايات .

وهكذا تنتهي عقوبات الجنايات هذه النهاية السيئة ، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦٪ من الجرائم التي جعلت عقوبة لها ، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق في بعض الجرائم كعقوبة أصلية ، فإذا طبقت في البعض

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التي حكمت بها محاكم الجنايات في سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعدد المحكوم عليهم بالحبس في كل الجنايات عدا جنابات القتل .

الباقى تراوحت نسبتها المئوية بين ١ و ١١ ./. وعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن لا تطبق إحداها إلا على ٣٥ ./. من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم يجنح وأن ٣٠ ./. من الباقى يحكم فيه بعقوبة الجنيحة .

ومعنى ما سبق أن تطبيق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر ، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس . ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدركنا إلى أى حد تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيداً بمعنى هذا التعطيل .

ثانياً : الميل إلى تخفيف العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ ، وينزل بها الثانى إلى نهاية التخفيف ، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين ، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف وينزلون فى كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين فى ذلك بمختلف العوامل التى سبق شرحها .

ولست أسوق دليلاً على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية^(١) فى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصاً بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٣٣ر٢ ./. ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥ر٤ ./. وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١ر٤ ./. وفى نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٥٨ ./. ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٨ر٨ ./. ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠ر٢ ./. وفى نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمرفتنا .

فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل $\frac{٥٦٣}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة $\frac{٣٢٤}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر $\frac{١١٣}{١٠٠}$. وفي نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصاً فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل $\frac{٩٩٦}{١٠٠}$ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوماً $\frac{١٠٤}{١٠٠}$.

وفي سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم $\frac{٤٨٩}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة $\frac{١٣٤}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة $\frac{٣٧٧}{١٠٠}$. وفي نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن $\frac{٦٩٣}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة $\frac{١٦}{١٠٠}$ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة $\frac{٢٩١}{١٠٠}$. وفي نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التي بينها عن سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ هذا هو لسان الإحصاء الذي لا يكذب، وإنه لقاطع في أن الحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال.

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى، ومعنى ذلك أن الحاكم تخفف العقوبة مرتين: مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والناطق بها.

٥٠٢ - **علة تعطيل العقوبات وتخفيفها:** رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه الحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان، ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هي أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأديب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثر على العقوبة، والقاضي ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدأين معاً في الجرائم الخطيرة والبسيطة

على السواء ؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم في الجرائم الخطيرة الماسة
بكيان الجماعة كما فعلت الشريعة ، وكلا المبدئين مناقض للآخر فتحقيق الزجر
والتأديب يقتضى تشديد العقوبة ، ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة ،
ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئاً لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدئين
بقدر الإمكان ، ولكنه حين يفعل يتجه دائماً ناحية المتهم ؛ لأنه هو الذى يكون
ماثلاً أمامه بمادته ومعناه يسترحمه ويستعطفه ويعرض ظروفه ويبرر موقفه ،
أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت الحأكمة ممثلة فى ذم القاضى بالقوة
التي تتمثل بها مصلحة المتهم ، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم ،
وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ - هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام ؟

شرعت العقوبات ولا تزال لمحاربة المجرمين والإجرام ، وحين يراد تحريم فعل
معين تقدر له العقوبات التي يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل
الحرم ، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت
العقوبة وأدت الغرض منها ، وإن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولوالأمر
أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردة من العقوبة السابقة .

فالمقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على المجرمين والجريمة فإن
نقص عدد المجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة ، وإن زاد عدد المجرمين
والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى قيمة بأن
تردع المجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة
المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية ، ونحب أن نعرف إلى
أى حد نجحت هذه العقوبات ، وكيف كان أثرها على المجرمين والجريمة ؟
وهذه العقوبات على تعددها هى عقوبتان : الإعدام ، والحبس بوجه عام .

٥٠٤ - **الدعوى** : فأما الإعدام فلا شك في أنه عقوبة رادعة، وقد قررت أقل ما يمكن من الجرائم ، ولا تكاد تقع في حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل ، وقد بينا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام في الجرائم التي يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هي في المتوسط أقل من ٦٪ ، وهى نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه ، والذين يتصلون بدور القضاء يعلمون أن القاتل اليوم لا يبالي أن يقتل ويعترف بجريمته ، وإنما يبالي ويهتم بأن يركز دفاعه في طلب الرأفة ليفلت بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمناه

ولست أدري كيف نقبل أعذار القتلة والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم ؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحون فرائسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفي قلبه ذرة من الرحمة ، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتدبير وإصرار على القتل وترصد للمقتول ، فليت شعري أية ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة ؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقترن بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتكاب الجرائم ، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذى يقع دون ترتيب لوسائله أو تفكير سابق فيه ، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعدام وعقوبة النوع الثانى الأشغال الشاقة ، فكيف سويننا بين المختلفين ، ولم نفرق في العقوبة بين النوعين ؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام في حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة ؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ١٩٤١٪ في الجرائم التي لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟ .

إن جرائم القتل التي تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنايات كلها، وهى تزداد عاما بعد عام، ففي سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ كان عدد جنایات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنایات ٧٩٧٦. وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كان عدد

جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢ . ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شيء إلى استعمال الرأفة .

فعب عقوبة الإعدام إذن يرجع إلى تطبيقها لا إلى طبيعتها ، وقد جاء هذا العيب من إباحة قبول الظروف المختلفة في الجرائم الخطيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد ، ولو حرم قبول الظروف المخففة في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو على الأقل في جريمة القتل أو حرم على القضاة أن يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذي لا بد منه في تقليل جرائم القتل ، ولحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

٥٠٥ - عقوبات الحبس وعيوبها :- أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيتها والسجن والحبس فهي كما قلنا من قبل ليست في جوهرها إلا عقوبة الحبس الذي يتفاوت في مدته أكثر مما يتفاوت في نوعه ، وعقوبة الحبس هذه هي العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم ، يجازى بها المجرم الذي ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاقي الذي تخصص في الإجرام ، ويجازى بها الرجال والنساء والشبان والشيب ، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة ، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا ، وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشاكل دقيقة نبسطها فيما يلي :-

١ - إرهاب خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج :- يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها في محابس يقيمون بها حتى تنتهي مدة العقوبة وهذه المحابس أسماء مختلفة ، وأقلها درجة : السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل ، ويليهما في الدرجة السجون العمومية

ويوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين في السن ، وإلى السجون العمومية اللينانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وهناك إصلاحات الرجال ويوضع بها معتادو الإجرام : أما إصلاحات الأحداث فهي للأطفال الذين تزيد أعمارهم على سبع سنوات .

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصا في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ ولا يدخل في هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية وبتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى وقد بلغ متوسط المسجونين يوميا ٢٥٥١٥ في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل ، فوضعهم في السجون هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لمجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفي لتأديبهم وردع غيرهم .

ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدي وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدي إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه ، كالجلد مثلا فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر في الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومي .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرة المسجونين على العمل ، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملا إلا لعدد قليل من المسجونين ، أما الباقون فيكادون يقضون حياتهم في السجون دون عمل يأكلون ويتطيبون ويلبسون على حساب الحكومة .

وقد بلغت نفقات مصلحة السجون ٨٦٢١٢٥ ج في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

منها مبلغ ١٥٠٠٠٠ ج أثمان الخدمات التي يقوم بها المسجونون ، فكان ميزانية الدولة تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تنفق سنويا على المسجونين ، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يخسره المجتمع كل عام من تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا ما يساوي أربعة وعشرين جنيتها لبلغت خسارة الأمة في سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ ج سنويا .

٢ — إفساد المسجونين : وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدي إلى إصلاح المسجونين ، ولكنها في الواقع تؤدي بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساده ، فالسجن يجمع بين الجرم الذي ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين الجرم التخصص في نوع من الإجرام وبين الجرم العادي ، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتبارا كالمحكوم عليهم في حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير والمحكوم عليهم في جرائم الخطأ الإهمال ، واجتماع هؤلاء جميعا في صعيد واحد يؤدي إلى تفشي عدوى الإجرام بينهم ، فالجرم الخبير بأساليب الإجرام يلقي ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة ، وللتخصص في نوع من الجرائم لا ييخل بما يعلم عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السذج أرضا خصبة يحسنون استغلالها دائما فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراما .

ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يعتبره العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين ويأنف أن يكون منهم ، فإذا خرج من السجن حبيب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به ، وكان هذا مما أدى بالقضاة إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس في الجرائم الاعتبارية التي لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقي ، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة في الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئا ؛ لأنهم يخشون

أن يدخل الجاني السجن بريثاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متفقهاً في أساليبه .

فالسجن الذى يقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك فى الواقع ، وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام .

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة فهى تحاول أن تصلح من هذا العيب . ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجعاً ، إذ أنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم ، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ما هى عليه ؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة فى محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين ، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذى يراد علاجه ، أما جمع الشبان فى محبس واحد والكهول فى محبس واحد فلن يكون علاجاً ؛ لأن الإحصائيات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان ، ففي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧ ، أى بنسبة ٦٢ ٪ من مجموع من دخلوا السجن ، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصاً يتراوح سنهم بين ١٦ ، ٢٠ سنة ، والباقيون يتراوح عمرهم بين ٢٢ ، ٣٠ سنة ، فعدد المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسنين ، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيفل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين .

٣ — انعدام قوة الردع : إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها فى نفوس المجرمين ، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهى أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم ، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ على أن ٤٥ ٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم

بعد الإفراج عنهم بمدة تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة ، بل إن هذه الإحصائية تدل على أن ٤٣ ٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ماكدوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها ، وأنهم ارتكبوا جرائمهم في مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية ، والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردعاً وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقاً على أن حوالى ثلث الموجودين في إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة في نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ فهي تشير إلى أن نصف من في الإصلاحية تقريباً لم سوابق في الإجرام من خمس مرات إلى عشر ، وأن حوالى الثلث لم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة ، وأن أكثر الباقيين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة ، فلو أن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقاً على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار ففي سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من في الإصلاحية ١٠ ٪ وفي سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٢٠ ٪ وفي سنة ١٩٣٦ بلغت ٣٨ ٪ .

ومما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين ازدياد جرائم الدود سنة بعد أخرى فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جنائية في سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جنائية في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جنائية في السنة

التي تليها ، وجنایات العود هذه لا تقع إلا من الجرمین أرباب السوابق المتعددة .
 ٤ — قتل الشعور بالمسئولية : وعقوبة الحبس فوق أنها غير رادعة تؤدي إلى قتل الشعور بالمسئولية في نفس الجرمین وتجب إليهم التعطل ، فالكثير من المسجونین يقضون في السجن مدداً طويلة نوعاً ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج ، والمشهد أن هؤلاء يكرهون أن يلتقي بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والسكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لاحقاً في الجريمة ولا حرصاً عليها وإنما حباً في العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة .

٥ — ازدياد سلطان الجرمین : ومن الجرمین من يفادر السجن ليعيش عائلة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم ، ويعيش على هذا السلطان الموهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر في حياة العمل الشريف والكسب الحلال .

ولقد أصبح سلطان هؤلاء الجرمین على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح الجرمون في الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع ومن الوقائع التي أعرفها ويعرفها غيري أن رجال الإدارة يستعينون بالجرميين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكين بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذي يحتله الجرمون إلى زيادة الجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز ، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع ، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة في القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهي والتفاخر ، وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلاً مهاناً أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان .

٦ - انخفاض المستوى الصحى والأخلاق : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لمدد مختلفة يتمتعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم ، ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام ، والمحابس لا تزيد فقد اضطر ولاية الأمور إلى حشرهم حشراً فى غرف السجون كما يحشر السردى فى علبته ، بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من الناحية الصحية^(١) . أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمنه فى المتوسط عن ستين شخصاً ، وبينما تتوفر الوسائل الصحية نوعاً ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماماً فى السجون المركزية فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جالساً أو نياماً على الأسفلت ، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدهار السجون وعدم توفر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدفية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين ، وتدل إحصائيات سنة ١٩٣٩^(٢) وهى خاصة بالسجون العمومية والليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجوناً أصيبوا بنزلات شعبية ، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى ، ٤٢٢ بالسيلان ، ١١٦٠ بالزهرى و ٤١٢٨ بالجرب ، ١٥٣٤ بالقراع ، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى ، ٢١٩ بقمل العانة ، ٨٦١٨ بخراجات ودمل ، ٩٢٦ بالروماتزم ، بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩ وفى عدد هذه الحالات الضخم وفى أنواع الأمراض التى بينها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

فالسجون إذن أداة لنشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم ، ولا يقتصر شر السجون على هذا ، بل إنها تؤدي إلى فساد الأخلاق و خارجها ؛ لأن وضع الرجال في السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال وبناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجها لوجه أمام الشيطان .

٧ - ازدياد الجرائم :- وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة ، ولكن الإحصائيات التي لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل ، فقد كان عدد الجنايات في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جنابة فإذا به في سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جنابة ثم يصل في سنة ١٩١٨ - ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جنابة وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جنابة . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جنابة . أما الجنح فكان عددها في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفي سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ بلغ عددها ١٦٧٦٧٧ جنحة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨ ، وهكذا في ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنايات ثلاثة أمثال ما كان عليه وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثالا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية ؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعاً لذلك في مجموعها ، وهو قول صحيح إلى حد ما ، فخللترك العدد العام للجنح ولناخذ جريمة السرقة مقياسا فهي أخرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة ، وفي سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفي سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفي سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفي سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفي سنة ١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفي سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد في ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه ، وهي نسبة لا تبررها زيادة السكان ولا يقوم لها أي عذر مهما اختلفت للمعاذير ، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة

فكيف تتضاعف الجنيح سبع مرات والجنايات ثلاث مرات ؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لاتسكون سبباً في ازدياد الجرائم مادامت العقوبة رادعة ، وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة في المملكة الحجازية ، فلا شك أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية في مصر أفضل منها في الحجاز ، ومع ذلك فقد قلت الجرائم في الحجاز وازدادت في مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا . ولقد كان الحجاز في يوم ما مضرب الأمثال في اختلال الأمن والنظام والجراة على ارتكاب الجرائم وترويج الأمن والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب ما لهم ومتاعهم ، ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية في الحجاز الآن ليست خيراً منها يوم كان الفساد مستشرياً في الحجاز ، والفرق بين الحجاز قديماً وحديثاً هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم ، هو وجود العقوبة الرادعة في الحجاز الآن وانعدامها قديماً وهو انعدام هذه العقوبة في مصر اليوم ، فهذه العقوبة الرادعة هي التي وطدت الأمن في الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال ، فلا يسقط من مسافر شيء إلا وجده في دار الشرطة ولا يضع لأحد شيء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يباغ بضياعه مادام مع الماله ما يدل على اسم صاحبه .

فن الخطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملي أن نحتاج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان ؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولوا الأمر في وصف العلاج الذي يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض ، وإن لم يوفق أولو الأمر في وصف العلاج الناجع طال المرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥٠٦ - كيف تتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : - تبيننا فيما سبق.

النتائج السيئة للعقوبات التي فرضتها علينا الأنظمة الوضعية ، فإذا هي تضيق للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة ، وليس بعد ذلك

إلا ازدياد الجرائم وجراً المجرمين ، والإخلال بالأمن وتوهين النظام ، وذهاب هيبة الحكومة وسطوتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الأمنين ، ولا خلاص من هذه النتائج الحزنة إلا بالتخلص من النظام كله ، وإن في بعض هذه النتائج ما يكفي وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلفون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيراً منها ، فإن لدينا نظاماً هو خير الأنظمة التي عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح المجرم ، ذلك هو النظام الإسلامي الذي أثبتت التجربة نجاحه في كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام .

وليست ميزة النظام الإسلامي الوحيدة في أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته ، ولكنه يمتاز أيضاً بأن الأسس التي يقوم عليها كفيلة بأن تقضي على العيوب التي تصحب العقوبات الوضعية ، كما هي كفيلة بأن توفر على العالم الجهود العظيمة التي تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التي تنفق في سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعي أنه يؤدي إلى تعطيل العقوبات الأضائية وتخفيفها ، وفي الشريعة ما يحول دون ذلك في الجرائم الخطيرة التي تمس كيان الجماعة ، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجاني ؛ لأن مصلحة الجماعة في هذه الجرائم الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتغلب على كل اعتبار ، أما الجرائم التي لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضي فيها أن ينظر إلى شخصية الجاني ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدي إلى إصلاح الجاني في الوقت نفسه ^(١) .

والعيب الثاني للنظام الوضعي أنه يفرض في معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع هي الحبس الذي يختلف شدة وضعفاً بحسب نوع الحبس ، والذي يؤدي تنفيذه

إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل في الحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤديوا عملاً مجدياً فتخسر الأمة من وجهين : تخسر المال الذي تنفقه على المحبوسين ، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا في الحبس ، ولكن هذه الخسائر تنتفي لو نفذ النظام الإسلامى ؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس في جرائم الحدود والقصاص ، وهى كما بينا تبلغ ثلثي^(١) الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل في التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس ، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبساً غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيداً عن الجماعة مكفوفاً شره وأذاه حتى يموت ، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا في الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق في نصف الجرائم الباقية كان الباقي الأخير من الجرائم حوالى ١٥ ٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والفروض أن الجرائم التى يحل فيها جرائم التعازير الخطيرة فالجرائم التى تبقى أخيراً ليعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هى جرائم تافهة فى الغالب يكفى فى عقابها النصح والتوبيخ والغرامة ، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة أن لا يحبس فعلاً إلا فى حوالى ٥ ٪ من مجموع الجرائم وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية فى العقاب .

وإذا قلت الجرائم التى يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد فقد أصبح عدد المحبوسين قليلاً جداً ، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام ، كما تقل جرائم العود التى لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس . وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التى يحكم فيها بالحبس حبساً محدد المدة هى

جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكد لدينا أن الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة ولن يؤدي إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق ، وحتى إذا وجدت هذه المساوىء فإن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلّة عدد المسجونين وقلة خطورتهم ؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس . أما المجرمون الخطرون فهؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم ؛ لأن ارتكاب الجاني لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للإجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس في القوانين الوضعيّة أنها تقتل الشعور بالمسؤولية في نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس ستزأموالهم بالتهديد والتخويف . وفي عقوبات الشريعة علاج هذا كله ، بل إن علاجه في عقوبة الجلد وحدها إذ الجلد يحط من قدر المجرم في عين نفسه فلا يعود لجريمته ، كما يحط من قدره في عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه ولا يكبر المجرم في عيونهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات .

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعيّة عيباً عيباً لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع في تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها في العقاب .

هذه هي العقوبات الوضعيّة وهذا هو أثرها في إفساد الأخلاق والأمن والنظام ، وتلك هي عقوبات الشريعة الإسلامية وذلك هو أثرها في إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعيّة ، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعي على الشريعة الإسلامية ؛ فإن وجدته فاذا ذكر قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارَ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبَ الَّتِي فِي الصُّدُورِ ﴾ .

الباب الثالث

تعدد العقوبات

٥٠٧ — تعدد العقوبات وتعدد الجرائم: تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائياً في واحدة منها وهذا هو المعنى الفنى للتعدد .

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى ، فهو صورى إذا ارتكب الجانى فعلاً واحداً يدخل تحته صور شرعية مختلفة ، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف أثناء تأدية وظيفته فالفعل يمكن أن يكون ضرباً ويمكن أن يكون مقاومة وتعدياً . أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة .

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود ففى تعدد العقوبات يرتكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه فى إحداها . أما فى العود فيرتكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى . ويقضى المنطق بأن لا يعاقب المجرم فى حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية ؛ لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ درساً عنها ، فهو يختلف من هذه الوجهة عن المائد الذى سبق عقابه وأُنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكاً مستقيماً .

٥٠٨ — القوانين الوضعية والتمرد : عرفت القوانين الوضعية ثلاث

طرق مختلفة فى حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع - ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى ومقتضاها أن يقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التى ارتكبها .
وعيب هذه الطريقة الإفراط فى العقاب ؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدى إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً فى الشدة ، فالجس وهو عقوبة مؤقتة إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة ، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

الثانية : طريقة الجب - ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات ، فقتضى هذه الطريقة أن لا يقع على الجانى سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط ، فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلاً يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات ، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون فى حل من ارتكاب الجرائم الأبسط منها طالما أنه لم يعاقب على جرمته الخطيرة .

الثالثة : الطريقة المختلطة - وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة . ونعنى بالجمع بين الطريقتين الأولتين أو بتقييد إطلاقهما . فهى تجيز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حداً معيناً ، وتعين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فى العقاب ، وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التى يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعمد والجب مع تقييدهما .

٥٠٩ - قانون العقوبات المصرى : ويأخذ قانون العقوبات المصرى

بقاعدة تعدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتعدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥ و ٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة

الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها للجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو في حالة تعدد العقوبات ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد ولكنه يقيد بها من ثلاثة وجوه :
الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها للجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، فمن كان محكوماً عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات نفذت عليه عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثانى : أن لا يزيد الحد الأعلى مهما تعددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .
الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد ، وفى حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضاً بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد ، وأن تكون مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات ، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى ، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ - الشريعة والتعدد : - عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية

تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها ، وإنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى : هي نظرية التداخل ، والثانية : هي نظرية الجب .

نظرية التداخل* : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ، ولا ينفذ على الجاني إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة^(١) . وتقوم نظرية التداخل على مبدأين : -

أولها : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد فإن العقوبات تتداخل ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة ، فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها . فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحداً ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحراقة فكلاهما سرقة وإن اختلفت أركانها وعقوباتها ، كالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا ، وفي مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هي الواجبة .

تعليل هذا المبدأ : وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، وإذا كان من المحتمل عقلاً أن يعود المجرم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٥٧ - المنى ج ١٠ ص ١٩٧ .

لارتكاب الجريمة فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفي مادام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه ، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعوقب عليها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة ؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجزة ولا رادعة للجاني .

ثانيهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويمزجىء عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد فن أهان موظفاً وقاومه وتمدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لفرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة ، ومن تناول ميتة ودما ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة ؛ لأن عقوباتها جميعاً وضعت لفرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها .

ويرون فى مذهب مالاك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف يتداخلان فلا يعاقب على الجريمتين عند التمدد إلا بعقوبة واحدة ، وحجتهم فى ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد ؛ لأن من شرب هدى ومن هدى افترى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء ، ولكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالاك فى هذا المثل بالذات ؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول فكلاهما وضعت لفرض يخالف الغرض الذى وضعت له الأخرى . ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما ، وهؤلاء يجعلون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الغرض من العقوبة ولكن ليس لهذا رأى صدى فى المذاهب الأخرى^(١) .

أما إذا كانت الجرائم للمتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد كأن ارتكب الجاني سرقة في المرة الأولى ثم زنا في الثانية وقذف في الثالثة فإن العقوبات لا تتداخل في هذه الحالة وإنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يتمتع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ، ولا يطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ، ومن ثم فهي العقوبة الوحيدة التي تجب ما عداها .

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها . ولكن الشافعي ينكرها ، والذين اعترفوا بها يختلفون في مدى تطبيقها . فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل ، ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لثلاثي قال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية^(١) .

ويرى أحمد أنه إذا اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل في الحاربة استوفى القتل وسقط سائرهما . فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الأدميين وفيها قتل استوفى حق الأدمى ودخلت حدود الله في القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا ، فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحذف للقذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك^(٢) .

والأصل عند أبي حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلا الانتفاع بحقه ، فإذا

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٢ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة ، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك المسقط درءاً للبواقي لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود ما استطعتم » فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمرأ قتل قصاصاً وسقط حد الزنا والشرب ؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف ؛ لأنه متعلق بحق آدمي ثم يرجم ويسقط ما عدا ذلك من الحدود ، وإذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص في النفس بدىء بالقذف ثم قتل قصاصاً ويدراً ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن في ماله السرقة في الحالين^(١) ، ورأى أبي حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد .

أما الشافعي فلا يعترف كما قلنا بنظرية الحب ، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى ما لم يتداخل بعضها في الآخر ، على أن يبدأ أولاً بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل ، ثم بحق الله أي بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أي لا قتل فيه ثم يجرى القتل من بعد ذلك ، فإذا اجتمعت مثلاً على رجل حدود : حد بكر في الزنا ، وحد في القذف ، وحد في سرقة ، وحد في قطع طريق يقطع فيه أو يقتل ، وقصاص في قتل رجل ، فيحد أولاً في القذف ، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد في الزنا ، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة . وقطع الطريق ، ثم يقتل بعد ذلك ، فإذا مات في أحد الحدود سقطت بموته الحدود التي لله عز وجل وبقيت في ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق وهكذا يؤخر الشافعي القتل لأنه لا يسلم بنظرية الحب^(٢) .

ويرى بعض الشافعية أن الجاني لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٠٥ .

للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق ، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد ، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصائه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد في الرجم ، وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجلب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل ، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى ، والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ في الزنا الأول أجزأ تغريب واحد عن الزنا مرتين ، والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزأه عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن ^(١) .

٥١١ — مقارنة بين الشريعة والقانون :- أساس القيود الموضوعية لنظرية

التعدد في الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه القيود في القوانين الوضعية ، فكلاهما يرى أن الجانى كان معذورا عندما ارتكب جريمة الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى ، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يؤول إلى نتائج يابأها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون فإن الشريعة جاءت أدق منطقاً من القوانين الوضعية في تطبيق نظرية التعدد وتقييد هذه النظرية ، ونجد هذه الدقة متمثلة في تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقها فقط في حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها ، وفي الجرائم المختلفة التى يجمع بين عقوباتها غرض واحد ، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم ، وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب الجانى جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقاً فن المعقول أن يعتذر للجانى بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة ، أما إذا ارتكب الجانى جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا في ارتكاب الجريمة الثانية ؛ لأن

(١) أسنى للمطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة ، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجاني عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات ، وقد روعى في وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوفر في غيرها ، فروعى مثلاً في تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجاني من السرقة ، وروعى في عقوبتي الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجاني من مقارفة الزنا وهكذا ، ومن ثم كانت عقوبة القذف لاتصلح عقوبة للسرقة ولا تجدى في الردع عنها ، وكانت عقوبة السرقة لاتصلح عقوبة للقتل ولا تفيده في منع هذه الجريمة وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة في الجرائم المختلفة وأن يعاقب الجاني على كل نوع منها بعقوبته الخاصة . أما القوانين الوضعية فتخالف الشريعة في هذه النقطة وتجعل عدم العقاب في جريمة ما عذراً للجاني في ارتكاب أية جريمة أخرى سواء كانت الجريمةتان من نوع واحد أو من نوعين مختلفين .

ونظريّة التداخل في الشريعة أوسع مدى منها في القانون الوضعي ؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا في حالة واحدة فقط هي ارتكاب الجاني عدة جرائم لفرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة والشراح يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هي التي توقع ، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل ؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة ، والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة ، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده ، وحالة التداخل التي يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثاني للتداخل في الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظريّة التداخل على الوجه السابق فإنها تخالف الشريعة في الأساس الذي بنى عليه التداخل ، فالقانون الوضعي يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجاني جرائم لفرض واحد ، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، أما الشريعة فتجعل أساس التداخل في هذه الحالة

أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لفرض واحد ، وهذا الفرق يمثل الروح التي تسيطر على كل تشريع ، فالقانون يجعل نظرية التداخل خاضعة للفرض الذى يتوخاه الجانى من الجريمة ، أما الشريعة فتجعل نظرية التداخل خاضعة للفرض الذى توخاه الشارع من التشريع ، وهكذا نجد القانون الوضعى مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سليمة المنطق موحدة الاتجاهات .

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذا الباب أن القوانين جعلت حداً أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعداه بحال مهما تعددت ، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة ، والضرورة وحدها هي التي أوجدت هذا القيد فى القوانين الوضعية ؛ لأن العقوبة الأساسية فى القوانين هي الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى سجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة ، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة فى حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهى العقوبة ، أما فى الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هي القطع والجلد وهى عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية ، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد .

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت فى بعض الجرائم باعتبارها عقوبة تعزيرية فإنها مع هذا لم تسكن فى حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل ، إذ المجرم يتخصص عادة فى ارتكاب جرائم فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة ؛ فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا بعقوبة واحدة طبقاً لنظرية التداخل ، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعاً الحبس ، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى (٨) التشريع الجنائى الإسلامى

حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض الفقهاء يرون أن لا يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا ، فضلا عن هذا فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا في هذه الحالة فتنزل بالعقوبة ؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا لحماية هدف واحد ، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة .

وإذا كانت الشريعة تتفق مع القانون في تقرير نظرية الجب فإنهما يختلفان في مدى تطبيقها . ففي الشريعة لا تطبق نظرية الجب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذي سبق ذكره ، أما في القانون فتطبق نظرية الجب في هذه الحالة وفي حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية ، ولم تكن الشريعة في حاجة لتقرير هذه الحالة الأخيرة ؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية في الشريعة من ناحية ، ولأن مددها قصيرة من ناحية أخرى ، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التي بسطناها سابقا ، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة .

وإذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا ، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس ؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا بمضي مدة معينة عليه في الحبس ، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخلى سبيله أو يظل في محبسه حتى يموت ؛ لأن الغرض من حبسه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أحلى سبيله ، وإذا لم يتوب فالحبس يكف شره حتى يأتيه الموت .

الباب الرابع

استيفاء العقوبات

٥١٢ - من له من الاستيفاء : الأصل في الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص ، والدية ، وجرائم التعازير وأن من نسب إليه أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها ، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها ، وإن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه ، فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولى الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير ، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة وفيما يلي تفصيل ذلك كله .

٥١٣ - الاستيفاء في جرائم الحدود : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أى : العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الخيف والزيادة على الواجب ، فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضره لازماً فقال : « أغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم ، وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه »^(١) .

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم ، ومما يروى عن رسول الله في هذا قوله : « أربع إلى الولاية : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والنفى » ^(١) .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف ^(٢) أى : إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً ، وإنما يسأل باعتباره مفتاتحاً على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى : أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف ، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل ، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع ، فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

٥١٤ - الاستيفاء في جرائم التعازير : واستيفاء العقوبات المحكوم بها في جرائم التعازير من حق ولى الأمر أو نائبه أيضاً ؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهي من حقها فيترك استيفائها لنائب الجماعة ، ولأن التعزير كالحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الخيف .

وإس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس فإن قتل أحد الأفراد شخصاً محكوماً عليه بالقتل تعزيراً ، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس ، والعرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أن

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥ .

عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهي عقوبة محتمة لا بد منها، أما عقوبة التعزير المتلفة فلولى الأمر العفو عنها ولهذا فهي عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو في اللحظة الأخيرة .

٥١٥ - الاستيفاء في جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروكة لإقامتها لأولى الأمر ، لكن أجاز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو الجنى عليه ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ [الإسراء: ٣٣]

ومن المتفق عليه أن لولى الجنى عليه حق استيفاء القصاص في القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان ؛ لأنه أمر يقتصر إلى الاجتهاد ويحرم فيه الحيف ، ولأنه لا يؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفى ، لكن إذا استوفاه في غير حضور السلطان وقع الموقع أى : وقع الفعل قصاصاً ، وعزر المستوفى لافتياته على السلطان وفعله ما منع من فعله .

وينظر السلطان في الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه ، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

وليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من نيت المال ؛ لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لا يحسن القصاص وكل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أى : فيما ليس قتلاً فيرى أبو حنيفة أن المجنى عليه الحق في استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه ، وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه في مذهب أحمد^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

ويرى مالك والشافعي ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن الجنى عليه ليس له أن يستوفى عقوبة القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشني أن يحيف على الجنى عليه أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء ، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موطئاً مخصصاً لهذا الغرض^(١) .

٥١٦ - كيفية استيفاء القصاص في الناس : لا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف عند أبي حنيفة ورواية عن أحمد سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التفريق أو التحريق أو غير ذلك ، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص فعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف ؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده فلا يقتصر منه إلا بالقتل ؛ لأنه لو قطع عضواً من الجاني ليحقق التماثل ثم عاد لحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ، ولا يعتبر حز الرقبة متمماً للقطع ؛ لأن التمسك للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس مقصود منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ؛ لأن إتلافها يعتبر تعذيباً وليس استيفاءً .

وإذا أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزز

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٩٩ .

لافتياته إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو ردها في بئر ونحو ذلك ؛ لأن القتل حقه فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف ؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الافتيات^(١)

وعند مالك والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

فإن حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فأت فللولي أن يقتص منه بمثل ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ولأن القصاص قائم على المائلة والمائلة ممكنة فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولي أن يقتص بالسيف في هذه الأحوال ؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر فالرأى الراجح أن يكون القصاص بالسيف .

٥١٧ - ما بشرط في آت القصاص : وإذا أراد الولي أن يستوفى بنفسه فلا يسكنى أن يكون خبيرا بالقصاص ، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كالة مثلا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه ، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير ؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجاني وأن تزهر روحه بأيسر ما يمكن^(٣) . تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ - المهذب ج ٢ ص ١٩٩ - الشرح الكبير ج ٩

ص ٤٠٠ -

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧

على كل شيء فإذا قتلتهم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليجد أحدكم شفرته وليرج ذبيحته » .

٥١٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع منه السيف ؟ : والأصل في اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع في القتل وأنه يزهد روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إبلا ما فلا مانع شرعا من استعمالها « فلا مانع شرعا من استيفاء القصاص بالمقصلة والكبرى الكهربائي وغيرها مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالمقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح الحدد وأما الكبرى الكهربائي ؛ فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالمقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب ^(١) » .

٥١٩ - هل يجوز للسلطان أنه يتأثر اليوم باستيفاء القصاص : الرأي الراجح عند الفقهاء هو أن لا يترك المجنى عليه أو وليه أن يستوفي حق القصاص فيما دون النفس ؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضي خبرة ودقة في المقتص ولا يؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك للمجنى عليه أو وليه ^(٢) أما القصاص في النفس فقد ترك للولى استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بألة صالحة فإذا لم يكن يحسنه وكل في الاستيفاء من يحسنه ، فحق الولى في الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء وباستعمال الآلة الصالحة .

واقدر كان الناس قديما يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالبا أما اليوم فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقتل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال .

(١) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر . راجع القصاص ص ٢٠٨

(٢) المفتى ج ٩ ص ٤١٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣

وإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكبرى الكهربي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المشقة والمقصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها في حيازة الدولة ، إذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى الجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وأن لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

٥٢٠ - استيفاء العقوبات عند التعدد : تخالف الشريعة القوانين الوضعية في طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد ، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شيء إلى طبيعة العقوبات في كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلا على القوانين الوضعية الحديثة فإنه يقضى بأن تنفذ العقوبات عند التعدد على حسب درجة جسامتها ، فتنفذ الأشغال الشاقة أولا ، ثم ينفذ السجن ثانياً ، ثم الحبس مع الشغل ، ثم الحبس البسيط م ٣٤ عقوبات .

ولا يراعى في التنفيذ ترتيب صدور العقوبات . فإذا حكم على إنسان بالأشغال الشاقة أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدىء في تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

وتنفذ العقوبات فى القانون المصرى على التوالى فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى ، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالحكم عليه ، فتنفذ سواء كان المحكوم عليه مريضاً أو صحيحاً سقيماً أو قوياً .

وقد أوحى طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام ، فهى عقوبات يستغرق

تنفيذها زمناً طويلاً فكان لا بد من ترتيب تنفيذها على هذا الوجه ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها عن جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع في الشريعة الإسلامية في حالة تعدد العقوبات فهو مختلف ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه في هذه المسألة .

فمالك يرى في حالة تعدد العقوبات أن يبدأ في التنفيذ بما هو لله أى : بما يس حقوق الجماعة ، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى : ما يس حقوق الأفراد ، وحجة مالك في هذا أن ما لله لا عفو فيه وما للآدميين قد يعفى عنه فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يس حقوق الأفراد .

ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما .

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يس حقوق الأفراد على ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيما يس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف ثم ينفذ بعد ذلك ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره .

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها ، فيقدم الأخف على الخفيف ، ويقدم ما يس حقوق الآدميين على ما يس حقوق الجماعة ، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها ؛ لأنه لا يعترف بالجب

ورأى فقهاء الشريعة في تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى ، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية ، فالعقوبات الأساسية في الشريعة هى القطع والجلد والقصاص وهى عقوبات بدنية فاستيفائها يوجب البدء بأخفها حفظاً لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته

ولا يقدم الأشد على الأخف ، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفي هذا تتفق الشريعة مع القانون .

٥٢١ - التنفيذ على المريض والضعيف والكراه : وقتها الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان المحكوم عليه مريضاً ، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة كأن كان برداً شديداً أو حرّاً شديداً ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل ؛ لأنها عقوبة مهلكة أى : أن المقصود منها إهلاك المحكوم عليه ، أما العقوبات الأخرى التي لا يقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ في ظروف تؤدي إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى ، ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضار المحكوم عليه بضعفه ، فإن كانت العقوبة الجلد مثلاً جلد مرة أو مرتين بصوت متعدد الفروع أو بمشكال له ستمارخ بعدد الأسواط أو نصفها .

ويرى الفقهاء أن لا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره^(١) .

٥٥٢ - التنفيذ على الحامل : عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم

التنفيذ على الحامل ، وحديث الغامدية قاطع في ذلك فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهي حامل قال لها عليه الصلاة والسلام : « اذهبي حتى تضعي حملك » ومثله حديث معاذ : « إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على مافي بطنها » والتنفيذ الممنوع على الحامل هو الذي يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون بعض الشيء في مدى تطبيقه . فيرى الشافعي أن لا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملاً أو ربية من حمل حتى تضع حملها أو يتبين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع ، وإن لم يكن لولدها

موضع ويفضل الشافعي تركها أياً ما حتى تجد لولدها مرضعاً في حالة القتل .
ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق أن لا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس
ولو كانت العقوبة جلدًا .

ويرى، مالك أن لا ينفذ على الحامل حتى تضع ، ويعتبر النفاس مرضاً
يوجب تأخير الجلد حتى ينتهي ، وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل .
وإن لم يصيبوا لطفلها من يرضعه لم يعجل عليها بالقتل .

ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه
لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبن ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة فتنت ، ويستحب
لولى القتل تأخيرها للقطام ، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين
ثم تقطمه ، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل .

٥٢٣ - التنفيذ على المجنونة : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بمناسبة
الكلام على مسئولية المجنون فليس ما يدعوا لإعادة الكلام عن هذا الموضوع
ويكفي فيه مراجعة ما سبق (١)

٥٢٤ - علانية التنفيذ : الأصل في الشريعة أن يكون التنفيذ علنياً لقوله
تعالى : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ولأن السنة جرت بهذا ، ويستوى
في ذلك القتل وغير القتل ، وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية .
ولقد كان القانون المصري يوجب العلانية في تنفيذ عقوبه الإعدام أخذاً
عن القوانين الأوروبية ، ثم عدل عن اشتراط العلانية ، ولكن فرنسا لا تزال
متمسكة بالعلانية .

وتنفذ عقوبة القتل في الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن وتنفذ
بقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأي الراجح بين الفقهاء ،

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل ، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة ، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله ، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم .

ولقد جاءت الشريعة بهذه المبادئ من يوم وجودها ، ولكن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا أخيراً فقد كانت عقوبة القتل في القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس ، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة ، فقاتل والده مثلاً كانت تقطع يده قبل القتل ، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص ، فالشريف يعدم بقطع رقبة بالسيف ، والعامى يعدم شنقاً . ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون في فرنسا يسوى بين المحكوم عليهم في التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط ، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد . ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب . فالمرشع الفرنسي اهتمدى إلى طريقة قطع الرأس ، والمصري والإنجليزى إلى طريقة الشنق ، وفي إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل ، وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره ، ولكن لولى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدي إلى المساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات) كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٣٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى)

الباب الخامس

المود

٥٢٥ - ماهية المود : يطلق المود اليوم في اصطلاحنا القانوني على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً ، أى : أن المود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه في إحداها أو بعضها .

ويتميز المود عن تعدد الجرائم بأن المجرم في حالة التعدد يرتكب جريمة الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم في جريمة سابقة عليها ، أما في المود فيكون المجرم حين ارتكب جريمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصبر على الإجرام ، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه ، ومن ثم فقد كان من المعقول أن ينتج التفسير إلى تشديد العقوبة على العائد ولقد كانت فكرة التشديد تلقى فيامضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية ، أما اليوم فليس ثمة من ينازع في مشروعية العقاب على المود .

وشراح القوانين وإن كانوا يسلّمون بالعقوبة على المود ، إلا أنهم اختلفوا في تقرير المبادئ التي يقوم عليها المود ، فالبعض يرى أن يكون المود خاصاً بمعنى أن لا يعتبر المجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو مماثلة لها ، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عائداً .

ويرى البعض أن يكون المود عاماً بحيث يعتبر المجرم عائداً إذا ارتكب جريمته الثانية سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة . كذلك اختلف الشراح في مدة المود ، فرأى البعض أن يكون المود مؤبداً

بحيث يعتبر المجرم عائدًا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى ، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتًا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يعتبر المجرم عائد إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصرى بهذه المبادئ جميعاً فأخذ بمبدأ العود العام في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات ، وأخذ بمبدأ العود الخاص في الفقرة الثالثة من هذه المادة ، وأخذ بنظام العود المؤبد في الفقرة الأولى من نفس المادة ، وبنظام العود المؤقت في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيًا في كل ذلك نوع العقوبة ومدتها ونوع الجريمة .

وإذا تكرّر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يعتبره شراح القوانين الوضعية مجرد عائد بل يعتبرونه مجرمًا معتادًا على الإجرام وعدوا خطرًا للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعاده عنها ، وقد طبق القانون المصرى هذه النظرية تطبيقًا محدودًا فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال لحل تعينه الحكومة « إصلاحية الرجال » إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط أن لا تزيد مدة بقاء المجرم في الحل الخاص عن ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال « المادتان ٥٢، ٥٣ عقوبات » .

وفي إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه في محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفي فرنسا ينص القانون الصادر في ١٨٨٥/٥/٢٧ على نقي معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقًا محدودًا ولم تأخذ بها على إطلاقها .

هذه هى القواعد العامة التى يقوم عليها العود فى القوانين الوضعية الحديثة

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيراً ، وأن المبادئ التى وضعتها للعود والاعتباد على الإجرام تعتبر من أحدث المبادئ فى هذه القوانين .

٥٢٦ - الشريعة والعود - وقد يدهش القارىء أن يعلم أن هذه المبادئ

المستحدثة فى القوانين الوضعية هى نفس المبادئ التى وضعتها الشريعة الإسلامية للعود وللمعتادى الإجرام من ثلاثة عشر قرناً ، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداتها لم تطبق بعد المبادئ الشرعية على إطلاقها .

ومن المتفق عليه فى الشريعة أن يعاقب الجرم بالعقوبة المقررة للجريمة فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة ، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده فى الحبس ، واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك اللواط لغير الحصن فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته ولما تؤدى إليه من التقليد وإفساد الأخلاق والتخلف . والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتباد بتخليده فى الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .

وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه ، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص ، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدى والعود المؤقت ، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاماً وخصوصاً وأبدياً ومؤقتاً ، والأمر فى ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققاً للمصلحة العامة .

وهذه هى قواعد العود فى الشريعة وتلك قواعد العود فى القوانين الوضعية ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل فجعل الناس كل شىء عنها أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة . وقد يكفى الشريعة امتيازاً أن قواعدهما التى وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر

قرناً تنفى تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية ، ولكن الشريعة فى الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معتادى الإجرام ومخترفيه فيه بالقتل وبالتخليد فى السجن ، وهما العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية وعلى الأخص أصحاب نظريتي تدابير الأمن *mesure de sûreté* وغرق الاستئصال *procédé d'élimination* فهو لا يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة ، أو أن يحبس حبساً غير محدد المدة بحيث يكف شره عن الجماعة ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه الآراء على إطلاقها ، واكتفت ، بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد المدة بعد أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس فى النهاية حبساً محدد لمدة كما بينا فى الأمثلة التى ذكرناها عن القوانين المصرى والإيطالى والفرنسى . وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية فى تنظيم العودة وتقرير قواعده ، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذى ينادى به شراح القوانين أنفسهم .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٢٧ - أسباب سقوط العقوبة : تسقط العقوبات في الشريعة بأسباب مختلفة ، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات وبعضها مسقط لأقلها ، وبعضها خاص بعقوبات دون أخرى .

والأسباب المسقطة للعقوبات هي (١) موت الجاني (٢) فوات محل القصاص (٣) توبة الجاني (٤) الصلح (٥) العفو (٦) إرث القصاص (٧) التقادم .

٥٢٨ - موت الجاني : تسقط العقوبات بموت الجاني إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجاني ؛ لأن محل العقوبة هو الجاني ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجاني ؛ لأن محل العقوبة مال الجاني لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجاني بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أو لا يوجبها ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية في مال القاتل ؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا والدية في رأيهما لا تجب بدلا من القصاص إلا برضاء الجاني ، فإذا مات الجاني سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية ؛ لأن الجاني لم يوجبها على نفسه ويستوى أن يكون الموت بآفة

سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق ، فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص لشخص آخر أو قتل زنا أو ردة ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

أما إذا قتل الجاني ظلماً فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول فن قتل رجلاً فمدا عليه أجنبي فقتله عمداً فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثاني ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلي وليكم في القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلا أولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١).

ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ولا يوجب الدية في مال الجاني ولا في مال غيره إذا جنى عليه^(٢).

ويرى الشافعي وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص في كل الأحوال سواء كان الموت بحق أو بغير حق ولكنه يؤدي إلى وجوب الدية في مال الجاني ؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر ؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البذل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر^(٣).

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المنزل الآتي : إذا قتل زيد علياً فإن لأولياء علي حق القصاص على زيد ، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأي مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية في مال زيد طبقاً لرأي الشافعي وأحمد . فإذا كان موت زيد راجعاً إلى أن خالداً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

قتله عمداً أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء
على في رأى أبي حنيفة ، أما طبقاً لرأى مالك فحق القصاص ينتقل إلى خالد
ولأولياء على أن يقتصوا منه في حالة العمد ، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من
خالد إلا إذا أرضوا أولياء على ، وفي حالة الخطأ يدفع خالددية زيد لأولياء على . وطبقاً
لرأى الشافعي وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء على الدية في مال زيد .

٢٥٩ - فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون

النفس ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجاني
حيّاً ، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط .
والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المائل للمحل الجنائية ،
فإذا فات محل القصاص سقط القصاص ؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء
مع انعدام محله .

وإذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك ، لأن حق
المجنى عليه في القصاص عيني فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجنى عليه ، أما
إذا فات محل القصاص بظلم فإن حق القصاص ينتقل إلى الظالم على التفصيل
الذي سبق بيانه في حالة موت القاتل^(١) .

وأبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق
بين ما إذا فات محل القصاص بأفة أو مرض أو ظمناً ، وبين فواته بحق كتبفيذ
عقوبة أو استيفاء قصاص ، وفي الحالة الأولى يرى أن المجنى عليه لا يجب له شيء
بفوات محل القصاص ، أما في الحالة الثانية فيرى أن المجنى عليه تجب له الدية
بدلاً من القصاص ؛ لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقاً
مستحقاً عليه^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٣ - شرح الدردير ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٩٨ .

ويرى الشافعي وأحمد أن المجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص ، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا .

٥٣٠ - توبة الجاني : - من المتفق عليه في الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحراية المقررة جزاء على الأفعال التي تمس حقوق الجماعة وذلك لقوله جل شأنه : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فالخارج إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة ، أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحراية إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب فإنهم قد اختلفوا في أثر التوبة على ماعدا هذه الجريمة ، ولهم في ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على المدلول عن الجريمة فلا داعي لتكرارها هنا^(١) .

٥٣١ - الصلح : - الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداها من العقوبات فلا أثر للصلح عليها . ولا خلاف بين الفقهاء في أن القصاص يسقط بالصلح ، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والأصل في الصلح السنة والإجماع . فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عمدا دفع إلى أولياء

للمقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ، وما صولحوا عليه فهو لهم » ،
وفى عهد معاوية قتل هذبة بن خشرم قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن
والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله^(١) .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان
لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل
الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .
أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على
أكثر مما تجب فيه الدية ؛ لأن ذلك يعتبر ربا ، فمثلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل
مائة وعشرين من الإبل ؛ لأن الدية مائة من الإبل فقط ؛ ولأن الزيادة ربا .

٥٣٢ - العفو : - العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة وهو إما أن يكون
من المجنى عليه أو وليه ، وإما أن يكون من ولي الأمر ، ولكن العفو ليس على
أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة ، وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة في
بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والقاعدة التي تحكم العفو أنه لا أثر له في جرائم
الحدود ، وأن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي :-

٥٣٣ - جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التي
تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان
العفو من المجنى عليه أو من ولي الأمر . فالعقوبة في هذه الجرائم لازمة محتمة
ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛ لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه
أو إسقاطه^(٢) .

(١) المتن ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولى
الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ، وإذا امتنع الحد في جريمة من جرائم الحدود
وعوقب عليها بالتعزير فليس لولى الأمر العفو عن العقوبة على الرأى الراجح .

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهذرا فيما وجب فيه الحد ، فإن وجب الحد في نفسه أهدرت نفسه ، وإن وجب في طرفه أهدر طرفه ^(١) .

٥٣٤ - العفو في جرائم القصاص والدية : تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولي دمه أن يعفو عن عقوبتي القصاص والدية ^(٢) دون غيرها من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفوهُ على حق ولي الأمر في تعزير الجاني بعد العفو عنه .

وليس لولي الأمر أن يعفو في جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجاني وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه في العفو مقصور كحق ولي الأمر على العفو عن العقوبة فقط ، وليس لأيهما العفو عن الجريمة ، فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفوهُ إلى العقوبة في الحدود التي بينها ، والعادة في منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجاني ، وفي هذا خطر شديد على الجماعة ؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مماسا بالمجنى عليه ، ولو سمح لولي الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه في القصاص والدية .

والأصل في حق المجنى عليه أو وليه في العفو الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق في سياق قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ حيث قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفي سياق قوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ حيث

(١) راجع الفقرة ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) المقصود من الدية معناها الأعم فتشمل الدية والأرض والحكومة .

قال: ﴿فمن تصدق به فهو كفارة له﴾ وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: «مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو» .

والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف^(١) .

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا وإنما هو صلح ؛ لأن الجاني لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها^(٢) .

ويعتبر مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحا لا عفوا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا ؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجاني ، وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو . أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو عن القصاص على الدية عفواً لاصحاً ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، والخيار للمجنى عليه أو وليه دون حاجة لرضاء الجاني ، ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطاً محضاً لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للآقل ، فهو عفو ؛ لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر .

وكما يجوز العفو عن القصاص يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هي العقوبة الأصلية كما في القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص .

٥٣٥ — العفو في جرائم التعازير : من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ — الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ — البحر

الرائق ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

الأمر حق العفو كاملا في جرائم التعازير ، فله أن يعفو عن الجريمة وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو في كل جرائم التعازير أو في بعضها دون البعض الآخر .

فرأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو في جرائم القصاص والحدود التامة التي امتنع فيها القصاص والحد ، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فلولى الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة في ذلك بعد مجانبة هوى نفسه^(١) .

ورأى البعض أن لولى الأمر في كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك مصلحة^(٢) . ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطق الشريعة في جرائم الحدود وجرائم القصاص .

والمجنى عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب والشتم ، ولكن عفو لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه ، فإذا عفا المجنى عليه انصرف عفوهُ إلى حقوقه الشخصية^(٣)

وإذا عفا لولى الأمر في جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة فإن عفوهُ لا يؤثر بأي حال على حقوق المجنى عليه^(٤) .

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا^(٥) .

٥٣٦ - إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ - المفتي ج ١٠ ص ٣٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . (٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

ليس له أن يقتص من الجاني ، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه ، فمثلا إذا كان في ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل ؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقي . وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقي من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) .

٥٣٧ - التقادم : - التقادم المقصود هو مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة . والتقادم للسقط للعقوبة يختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يسلمون به ، ومن يرونه مسقطا للعقوبة لا يجعلونه سببا عاما مسقطا لكل عقوبة ، وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى : وهي تقوم على مذهب مالك والشافعي وأحمد ، وتلخص في أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ ، وأن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة ، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير ، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضي مدة معينة ، كذلك فإن ولي الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ - المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢ .

حال ، وإذا لم يكن هناك نص يميز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .

أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التعازير وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضره .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة ، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم . وأبو حنيفة وأصحابه على هذا رأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم^(١) .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لأن شكوى الجنى عليه شرط لتحريك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ، أما ما عدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ الجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة

(١) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ [سورة الطلاق : ٢] وبين أن يقتصر على الحادث لقوله عليه السلام: « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته . ويؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته - أى عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر على عمر هذا القول فيكون إجماعاً . ومن المستفاد من قول عمر أن الشهادة المتأخرة ثورت التهمة ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » - أى متهم - .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلاً للتهمة فالمنطق أن لا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض ، ولكن لما كانت التهمة أمراً خفينا غير متضبط ومن الصعب التحقق منه في كل الأحوال فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد .

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم في الجريمة كان من السهل أن يقولوا به في العقوبة ؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أى : أن التنفيذ متمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم ، وإذا وجب عند الحكم أن لا تقادم الجريمة فقد وجب أن لا يكون التقادم عند التنفيذ ^(١) .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً وفوض الأمر فيه للقاضي يقدره طبقاً لظروف كل حالة ؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً ، وقدره محمد بستة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها ب حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٨ .

أشهر وذكر عنه أنه قدره بشهر وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف .
ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد
مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير
تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذى بنى عليه الحكم ، وأن عقوبات الحدود
فما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ، فإذا
كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة
وأبى يوسف ^(١) .

تم الجزء الأول بعون الله

مراجع الكتاب

في التفسير :

جامع البيان في تفسير القرآن	لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري
الجامع لأحكام القرآن	لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
مفاتيح الغيب	لمحمد الرازي نخر الدين
الكشاف عن حقائق التنزيل	للزمخشري
الشهاب على البضاوي	لشهاب الدين الحفاجي
روح المعاني	للسيد محمد الألوسي
تفسير المنار	للسيد محمد رشيد رضا

في الحديث :

صحيح البخاري	الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية
التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول	الطبعة الأولى بمطبعة البابي الحلبي
نيل الأوطار من أسرار متني الأخبار	لمحمد علي الشوكاني مطبعة بولاق
عون الباري لحل أدلة البخاري	لابي صديق بن حسن بن علي الحسيني
	مطبوع مع الكتاب السابق
زاد المعاد في هدي خير العباد	لابن القيم الجوزية الطبعة الأولى بمطبعة صبيح
سبل السلام وهو شرح العلامة الصنعاني على متن بلوغ المرام للحافظ بن حجر العسقلاني	

في الأصول :

أصول الفقه	للشيخ محمد الحضري	الطبعة الثانية
علم أصول الفقه	للشيخ عبد الوهاب خلاف	الطبعة الثانية
الإحكام في أصول الأحكام	لابن حزم الأندلسي	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
الإحكام في أصول الأحكام	لسيف الدين أبي الحسن الآمدي	طبعة دار الكتب

الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية
لحب الله بن عبد الشكور
مطبوع مع الكتاب السابق
الطبعة الأولى طبعة القباني

للفزالي
المستصفي
فوائد الرحمت في شرح مسلم الثبوت
رسالة الشافعي في علم أصول الفقه

في مذهب مالك :

الدونة الكبرى رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعطاب
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
التاج والأكليل لمختصر خليل للعواق
مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الزرقاني على مختصر خليل
مطبعة محمد أفندي مصطفى
حاشية البناني
شرح الحرشي على مختصر خليل
مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية العدوي
الطبعة الثانية بمطبعة بولاق
المقدمات لابن رشد
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد
الطبعة الأولى بالمطبعة الجمالية
الشرح الكبير للدردير
الطبعة الأميرية
حاشية الدسوقي
مطبوع مع الكتاب السابق
فتح العلي المالك للشيخ عlish
الطبعة الأولى بمطبعة التقدم العلمي
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرجون
مطبوع مع الكتاب السابق

في مذهب أبي حنيفة :

المبسوط لشمس الدين السرخسي
كتاب الحراج لأبي يوسف
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني
الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية

شرح فتح القدير لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية

الطبعة الأولى المطبعة الأميرية

شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البairني مطبوع مع الكتاب السابق

مطبوع مع الكتاب السابق

الطبعة الثالثة

الطبعة الأميرية

الطبعة الأولى المطبعة الأميرية

مطبوع مع الكتاب السابق

لبرهان الدين أبي بكر المرغتاني

الطبعة الأولى المطبعة الخيرية

الطبعة الأولى

مطبوع مع الكتاب السابق

مطبعة وادي النيل

طبعة ١٢٨٩ هـ

الطبعة الأولى

الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية

لأبي بكر الرازي الجصاص

الطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية

لابن عابدين

للزليعي

لابن نجيم

لابن عابدين

لشيخ زاده

لابن نجيم

محمد أبو الفتح

لابن عيسى الدبوسي

لابن قاضي سماوه

حاشية الطهطاوي على الدر المختار

حاشية رد المحتار على الدر المختار

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

حاشية شهاب الدين السبلي

لهداية شرح بداية المبتدى

البحر الرائق شرح كنز الدقائق

منحة الخالق على البحر الرائق

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر

الأشباه والنظائر

إتحاف الإبصار والبصائر

تأسيس النظر

جامع الفصولين

أحكام القرآن

في مذهب الشافعي :

الطبعة الأولى مطبعة بولاق

مطبوع مع الكتاب السابق

لأبي يحيى زكريا الأنصاري

الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنية

للإمام الشافعي

الأم

مختصر المزني

أمنى الطالب شرح روض الطالب

حاشية أبي العباس أحمد الرملي	مطبوعة مع الكتاب السابق.
شرح البهجة لأبي زكريا الأنصاري	الطبعة الأولى بالمطبعة الليمنية
حاشية ابن قاسم العبادي	مطبوع مع الكتاب السابق
الأحكام السلطانية	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
	ومطبعة الوطن
الفتاوى الكبرى لابن حجر المكي	الطبعة الليمنية
فتاوى شهاب الدين الرملي	مطبوع مع الكتاب السابق
تحفة المحتاج بشرح المنهاج	لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي طبعة ١٣١٩ هـ
نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج	لأبي العباس الرملي الطبعة الأولى بمطبعة البابي الحلبي
حاشية الشبرايملي	مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربي	» » » »
حاشية البيهقي على منهج الطلاب	الطبعة الأولى مطبعة البابي الحلبي
للذهب	لأبي إسحق الشيرازي الطبعة الأولى مطبعة البابي الحلبي
إحياء علوم الدين	للغزالي الطبعة الأولى طبع لجنة نشر الثقافة
الوجيز	للغزالي الطبعة الأولى مطبعة الآداب والمؤيد

في مذهب أحمد بن حنبل :

للغنى على مختصر الحرق	لمحمد عبد الله بن قدامة الطبعة الأولى بمطبعة المنار
الشرح الكبير على متن المقنع	لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة
الإقناع لشرف الدين موسى الحجاوي	مطبوع مع الكتاب السابق
مجموعة فتاوى ابن تيمية	الطبعة الأولى المطبعة المصرية
الاختبارات العلمية لابن تيمية	مطبعة كردستان
أعلام الموقعين عن رب العالمين	لابن قيم الجوزية مطبعة الكردى
الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية	» » » »
إغاثة اللهيان من مصائد الشيطان	» » » »
الفروسية	» » » »

مجموعة الرسائل لابن تيمية

الطبعة الأولى مطبعة التقدم

كتب أخرى :

الطبعة الأولى مطبعة بولاق	لابن الأثير (تاريخ)	الكامل
الطبعة الأولى مطبعة السعادة	لابن الجوزي	سيرة عمر بن الخطاب
طبعة ١٣٦٣ — ١٩٤٤	لأحمد محمد إبراهيم	القصاص
الطبعة السلفية	لرضوان شافعي المتعافي	الجنائيات المتحدة
الجزء الأول مطبعة العلوم	لمحمود شلتوت	فقه القرآن والسنة
		مجلة القانون والاقتصاد
الطبعة الأولى المطبعة السلفية	لأحمد إبراهيم بك	طرق القضاة في الشريعة الإسلامية
مطبعة العلوم	» » » » »	طرق الإنبات الشرعية
الاعتماد	لعطية مشرفة	القضاء في الإسلام
مطبعة علي عنان	لعلي صادق أبو سيف	الدية في الشريعة الإسلامية

فهرست

تفصيل

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣	كلمة المؤلف	
	تقديم وتوجيه	
٤	موضوع البحث	١
	محتويات الجزء الأول	٢
	مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي	٣
٦	المذاهب الشرعية المقارن بها	٤
	علة الاختصار على المذاهب الأربعة	٥
٧	لغة البحث	٦
	الفقهاء والشراح	٧
٨	لماذا بدأت بالقسم الجنائي	٨
٩	كيف دفعت لدراسة الشريعة	٩
١٠	حاجة الكتب الشرعية للتهذيب	١٠
١١	طريقة التأليف	١١
١٢	كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية	١٢
١٣	وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون	١٣
	لا قياس بين مختلفين	١٤
١٤	نشأة القانون	١٥
١٥	نشأة الشريعة	١٦
١٧	لامثالة بين الشريعة والقانون	١٧
١٧	الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون	١٨
٢٤	المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون	١٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الميزة الأولى : الكمال	
	الميزة الثانية : السمو	
	الميزة الثالثة : الدوام	
٢٥	الأدلة على توفر هذه الميزات في الشريعة	٢٠
	نظرية المساواة	٢١
٢٧	نظرية مساواة المرأة بالرجل	٢٢
٢٩	نظرية الحرية	٢٣
	حرية التفكير	٢٤
	جربة الاعتقاد	٢٥
	حرية القول	٢٦
٣٧	نظرية الشورى	٢٧
٤١	نظرية تقييد سلطة الحاكم	٢٨
	وضع حدود لسلطة الحاكم	
	مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه	
	تحويل الأمة حق عزل الحاكم	
٤٦	نظرية الطلاق	٢٩
	الطلاق قبل الدخول وفرض المهر	
	الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر	
	الطلاق بعد الدخول	
٤٩	نظرية تحريم الحمر	٣٠
٥٢	نظرية تعدد الزوجات	٣١
٥٥	نظريات في الإثبات والتعاقد	٣٢
٥٦	نظرية الإثبات بالكتابة	٣٣
٥٨	نظرية إثبات الدين التجارى	
٥٩	نظرية حق الملتزم في إملاء العقد	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٦٠	نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة	٣٦
٦١	أحكام أخرى في آية الدين	٣٧
٦٢	تذكير	٣٨

* * *

٦٤	منهج البحث	٣٩
----	------------	----

الكتاب الأول

في الجريمة

٦٦	القسم الأول من الكتاب الأول	٤٠
----	-----------------------------	----

الباب الأول - في ماهية الجريمة

٦٦	تعريف الجريمة	٤١
٦٧	الجريمة والجناية	٤٢
٦٨	علة التحريم والعقاب	٤٣
٧٠	الشريعة والقانون	٤٤
	الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٥
٧١	الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٦
٧٢	ما يترب على كون الشريعة من عند الله	٤٧
	النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها	
	النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية	
٧٤	الجرائم التأديبية والأخطاء الإدارية	٤٨
٧٦	الجريمة المدنية	٤٩

الباب الثاني - في أنواع الجريمة

٧٨	تقسيم الجرائم	٥٠
----	---------------	----

رقم الصفحة الموضوع رقم الفقرة

الفصل الأول

٧٨ التقسيم المبني على جسامة العقوبة ٥١
جرائم الحدود

جرائم القصاص والدية
جرائم التعازير

٨١ أهمية هذا التقسيم ٥٢
من حيث العفو

من حيث سلطة القاضي
من حيث قبول الظروف المخففة
من حيث إثبات الجريمة

الفصل الثاني

٨٣ تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني ٥٣
أ — الجرائم المقصودة

ب — الجرائم غير المقصودة
٨٤ أهمية هذا التقسيم ٥٤

الفصل الثالث

٨٥ تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها ٥٥
الجريمة المتلبس بها

الجريمة التي لا تلبس فيها
٨٦ أهمية هذا التقسيم ٥٦

من حيث الإثبات

من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفصل الرابع — في تقسيم الجرائم بحسب طريقة وكيفية ارتكابها ووقوعها	
	المبحث الأول — تقسيم الجرائم بحسب طريقة ارتكابها	
٥٧	تقسيم الجرائم إلى إيجابية وسلبية	١٦
٥٨	الجريمة الإيجابية تقع بطريق السلب	١٧
٥٩	مق يعتبر المعتنع مسئولاً	١٨
٦٠	الشريعة والقوانين الوضعية	
٦١	الفرق بين الشريعة والقانون	١٩
	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها	
٦٢	تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد	٩٠
٦٣	أهمية هذا التقسيم	٩١
	من حيث مبدأ سريان التقادم	
	من حيث الاختصاص	
	من حيث تطبيق قواعد التداخل	
٦٤	الشريعة والقوانين الوضعية	٩٢
٦٥	الجرائم التي تتكون من أفعال متلاحقة	
٦٦	الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة	٩٣
	والجريمة غير المؤقتة	
٦٧	العلة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة	
	المبحث الثالث — في تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة	
٦٨	سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم	٩٤
٦٩	جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة	
٧٠	مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة	٩٥
٧١	تقسيم الجرائم غير المؤقتة	٩٦
	الجرائم المتجددة	
	الجرائم المستمرة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٩٦	أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة من حيث الاختصاص من حيث التقادم من حيث قوة الشيء المقضى به	٧٢
٩٨	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٧٣
	الفصل الخامس — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها المبحث الأول — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة تقسيم الجرائم إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد	٧٤
٩٨	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة	
١٠٠	الفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية	٧٥
١٠١	مق توجد الجريمة السياسية المجرمون السياسيون أو البغاة	٧٦ ٧٧
١٠٢	الشروط التي يجب توفرها في البغاة أولاً — العرض من الجريمة ثانياً — التأول ثالثاً — الشوكة رابعاً — الثورة أو الحرب	٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢
١٠٤	حقوق البغاة ومسئوليتهم قبل الثورة حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وبعدها	٨٣ ٨٤
١٠٦	عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة	٨٥
١٠٧	بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	٨٦

القسم الثاني — من الكتاب الأول

١١٠	أركان الجريمة	٨٣
-----	---------------	----

الباب الأول

١١٢	الركن الشرعى للجريمة	٨٤
	الفصل الأول	
١١٢	النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية	٧٥
	المبحث الأول — فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة	
١١٣	تمهيد	٨٦
١١٥	قواعد أصولية فى الشريعة	٨٧
١١٧	مصدر هذه القواعد الأصولية	٨٨
١١٨	مقى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص	٨٩
	كيف طبقت الشريعة قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص	٩٠
	الفرع الأول — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود	
١١٨	أثر القاعدة فى جرائم الحدود	٩١
	الفرع الثانى — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية	
١٢١	أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية	٩٢
	الفرع الثالث — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير	
١٢٦	أثر القاعدة فى جرائم التعازير	٩٣
	ما هو التعزير	٩٤
	الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير	٩٥
١٢٨	أقسام التعزير	٩٦
	القسم الأول	
١٢٨	التعزير على المعاصى	٩٧
١٣٠	أنواع المعاصى	٩٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	١ -- بما فيه الحد وقد تضاف إليه الكفارة	
	٢ -- ما فيه الكفارة ولا حد فيه	
	٣ -- ما لا حد فيه ولا كفارة	
١٣٣	ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي	٩٩
١٣٤	المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها	١٠٠
١٣٨	المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة	١٠١
١٤٢	ظنون لا أساس لها من الحق	١٠٢
١٤٣	نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير	١٠٣
١٤٥	كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير	١٠٤
١٤٨	لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص	١٠٥

القسم الثاني

١٤٩	التعزير للمصلحة العامة	١٠٦
١٥٢	سلطة القاضي في التعزير للمصلحة ليست تحكيمية	١٠٧
١٥٣	لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير	١٠٨
١٥٤	العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة	١٠٩

القسم الثالث

١٥٥	التعزير على المخالفات	١١٠
	الفرع الرابع — كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة	
١٥٦	القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة	١١١
١٥٧	كيف طبقت القوانين القاعدة	١١٢
١٥٩	بين الشريعة والقوانين	١١٣

أولاً — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة

ثانياً — من حيث التطبيق بصفة عامة

ثالثاً — من حيث الجريمة

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	رابعاً — من حيث العقوبة	
	المبحث الثاني — في أدلة الأحكام الشرعية أو مصادر التشريع الجنائي	
١٦٤	مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة	١١٤
	مصادر التشريع الجنائي الإسلامي	١١٥
	الفرع الأول — في القرآن	
١٦٥	القرآن	١١٦
	نصوص القرآن قطعية	١١٧
١٦٦	دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية	١١٨
	حجية أحكام القرآن	١١٩
	أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة	١٢٠
١٧٠	أحكام الشريعة لا تتجزأ	١٢١
١٧٢	مميزات الشريعة	١٢٢
	الفرع الثاني — في السنة	
١٧٣	تعريف السنة	١٢٣
١٧٤	مركز السنة من القرآن	١٢٤
١٧٥	أنواع السنة بحسب روايتها	١٢٥
	(أ) السنة المتواترة	
	(ب) السنة المشهورة	
	(ج) سنة الآحاد	
١٧٦	هل السنن قطعية أم ظنية	١٢٦
	حجية السنة	١٢٧
١٧٧	هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعاً	١٢٨
	الفرع الثالث — في الإجماع	
١٧٥	تعريف الإجماع	١٢٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	حجية الإجماع	١٣٠
	الأساس التشريعي للإجماع :	١٣١
	القرآن — السنة	
١٨٠	الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات	١٣٢
	مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي	١٣٣
١٨١	الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا	١٣٤
	الفرع الرابع — القياس	
١٨٢	تعريف القياس	١٣٥
	هل القياس ممكن في جميع الأحكام	١٣٦
١٨٣	القياس في الجرائم والعقوبات	١٣٧
١٨٥	القياس في الإجراءات	١٣٨
	المبحث الثالث — في تفسير الأحكام الجنائية	
١٨٥	سلطة القاضي في تفسير النصوص	١٣٩
	الفرع الأول — في القواعد اللغوية الموضوعية للتفسير	
١٨٦	كيف استنبطت هذه القواعد	١٤٠
	أولا - دلالات العبارات والألفاظ أو مفوماتها	١٤١
	مفهوم العبارة	
	مفهوم الإشارة	
	مفهوم الدلالة	
	مفهوم الاقتضاء	
	مفهوم المخالفة	
١٨٨	تعارض المفومات	١٤٢
١٨٩	ثانيا - وضوح الدلالات وغموضها	١٤٣
	أقسام الواضح الدلالة	١٤٤
	الظاهر	١٤٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
١٩٠	النص	١٤٦
	المفسر	١٤٧
١٩١	الحكم	١٤٨
	حكم التعارض	١٤٩
	أقسام الغامض الدلالة	١٥٠
	الحفي	١٥١
١٩٢	المشكل	١٥٢
١٩٣	المجمل	١٥٣
	التشابه	١٥٤
١٩٤	ثالثاً : اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها	١٥٥
	اللفظ المشترك	١٥٦
١٩٥	اللفظ العام	١٥٧
١٩٦	دلالة العام قطعية	١٥٨
١٩٧	ما يترتب على قطعية دلالة العام	١٥٩
١٩٨	تخصيص العام	١٦٠
	الدليل غير المستقل	١٦١
	الدليل المستقل	١٦٢
١٩٩	المقصود من التخصيص	١٦٣
	اللفظ الخاص	١٦٤
	حكم اللفظ الخاص	١٦٥
٢٠٠	حالات اللفظ الخاص	١٦٦
	المطلق والمقيد	١٦٧
٢٠١	صيغة الأمر	١٦٨
	صيغة النهي	٢١٦٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الثاني — في القواعد التشريعية التي تراعى في التفسير .	
٢٠٢	ماهية القواعد التشريعية	١٦٩
	مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى	١٧٠
	المقصد الأول	١٧١
٣٠٢	المقصد الثانى	١٧٢
	المقصد الثالث	١٧٣
	ترتيب المقاصد العامة من التشريع	١٧٤
٢٠٤	حقوق الجماعة وحقوق الأفراد	١٧٥
٢٠٦	الاجتهاد	١٧٦
٢٠٧	كلمة ختامية عن قواعد التفسير	١٧٧
	المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات	١٧٨
٢٠٩	تعريف الشبهة	١٧٩
	أنواع الشبهة	١٨٠
٢١٢	تقسيم الشافعية للشبهة	
	تقسيم الحنفية	
٢١٤	ما يترتب على درء الحدود بالشبهات	١٨١
٢١٦	هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير	١٨٢
٢١٧	المبدأ الثانى : تفضيل الخطأ فى العفو	١٨٣
	القانون والشريعة	١٨٤
	المبحث الرابع — فى تعارض الأحكام ونسخها	
٢١٨	التعارض	١٨٥
٢١٩	النسخ	١٨٦
٢٢٠	محل النسخ	١٨٧
٢٢١	مق كان النسخ	١٨٨
	أى النصوص تنسخ الأخرى	١٨٩
٢٢٢	حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة	١٩٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الخامس — في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين	
٢٢٣	حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة	١٩١
	نظرية البطلان في الشريعة	١٩٢
٢٢٥	الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة	١٩٣
٢٣٧	مدى بطلان ما يخالف الشريعة	١٩٤
٢٣٩	ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة	١٩٥
	أولاً — من وجهة تطبيق النصوص الباطلة	
	ثانياً — من وجهة الاختصاص	
	ثالثاً — من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة	
	رابعاً — من وجهة تطبيق الشريعة	
٢٤٢	مدى التغيرات التي تترتب على الأخذ بنظرية البطلان	١٩٦
٢٤٢	أولاً — في جرائم الحدود	١٩٧
٢٤٤	ثانياً — في جرائم القصاص والدية	١٩٨
	القتل العمد	
	الشروع في القتل	
	القتل شبه العمد	
	الجراح في العمد والخطأ	
٢٤٨	ثالثاً — في جرائم التعازير	١٩٩
٢٥٢	مدى حقوق أولى الأمر في التحريم والعقاب	٢٠٠
٢٥٢	حق التحريم والإيجاب	٢٠١
٢٥٣	حق تخصيص القضاء	٢٠٢
٢٥٦	حق العفو	٢٠٣
	الفصل الثاني — في سريان النصوص الجنائية على الزمان	
٢٦١	قاعدة أصولية	٢٠٤
٢٦٢	القاعدة العامة : لارجعية في التشريع الجنائي	٢٠٥
٢٦٦	الاستثناف الأول : جواز الرجعية في الجرائم الخطيرة	٢٠٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٢٧٠	الاستثناء الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصح للجاني	٢٠٧
٢٧٣	الشريعة والقانون	٢٠٨

الفصل الثالث — في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٧٤	هل الشريعة عالمية أو إقليمية	٢٠٩
٢٧٥	تقسيم العالم	٢١٠
	دار الإسلام	٢١١
٢٧٧	دار الحرب	٢١٢
٢٧٨	مدى إقليمية الشريعة	٢١٣
٢٨٠	النظرية الأولى	٢١٤
٢٨٥	النظرية الثانية	٢١٥
٢٨٧	النظرية الثالثة	٢١٦
٢٨٩	بين الشريعة والقانون	٢١٧
٢٩٠	كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام	٢١٨
٢٩٤	نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية	٢١٩
٢٩٥	ما يدخل في دار الإسلام	٢٢٠
٢٩٦	الشريعة والقانون	٢٢١
٢٩٧	تسليم المجرمين وإبعادهم	٢٢٢
	أولاً : تسليم المجرمين	٢٢٣
٢٩٨	التسليم لدولة إسلامية	٢٢٤
٢٩٩	التسليم لدولة غير إسلامية	٢٢٥
٣٠١	تسليم الأرقاء	٢٢٦
٣٠٢	تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين	٢٢٧
	هل يمكن معاقبة المجرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام	٢٢٨
٣٠٣	ثانياً : إبعاد المجرمين	٢٢٩
٣٠٥	إبعاد المجرمين	٢٣٠
٣٠٦	الشريعة والقانون	٢٣١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٠٧	الجنسية في الشريعة	٢٣٢
	المفصل الرابع -- في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	
٣١٠	تمهيد تاريخي	٢٣٣
٣١١	أمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية	٢٣٤
	أ — تمييز رئيس الدولة	
	ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية	
	ج — تمييز رجال السلك السياسي	
	د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية	
	هـ — تمييز الأغنياء	
	و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة	
٣١٥	بين القانون والشريعة	٢٣٥
٣١٦	نظرية المساواة في الشريعة	٢٣٦
٣١٧	المساواة بين رؤساء الدول والرايا	٢٣٧
٣٢٣	رؤساء الدول الأجنبية	٢٣٨
٣٢٤	رجال السلك السياسي	٢٣٩
٣٢٥	أعضاء الهيئة التشريعية	٢٤٠
٣٢٩	الأغنياء والفقراء	٢٤١
٢٣٥	الظاهرون في الجماعة	٢٤٢
٣٣٢	المسلمون والذميون	٢٤٣
٣٣٤	ميزة الشريعة	٢٤٤
٣٣٨	هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم	٢٤٥
٣٤٠	مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	٢٤٦

الباب الثاني

الركن المادي للجريمة

٢٤٧	منهاج البحث	٣٤٢
	الفصل الأول — الشروع في الجريمة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٤٣	الفقهاء والشروع في الجريمة	٢٤٨
٣٤٦	المراحل التي تمر بها الجريمة	٢٤٩
	أولاً : مرحلة التفكير والتصميم	
	ثانياً : مرحلة التحضير	
	ثالثاً : مرحلة التنفيذ	
٣٤٩	الشريعة والقانون	٢٥٠
٣٥٠	العقاب على الشروع	٢٥١
٣٥١	أثر عدول الجاني عن الفعل	٢٥٢
٣٥٢	العدول للتوبة	٢٥٣
	النظرية الأولى	
	النظرية الثانية	
	النظرية الثالثة	
٣٥٥	الشروع في الجريمة المستحيلة	٢٥٤
	الفصل الثاني — الاشتراك في الجريمة	
٣٥٧	صور الاشتراك	٢٥٥
٣٥٨	اهتمام وإهمال	٢٥٦
٣٥٩	شروط الاشتراك العامة	٢٥٧
	المبحث الأول — في الاشتراك	
٣٦٠	اشتراك المباشرين	٢٥٨
٣٦٣	عقوبة المباشرين	٢٥٩
	أثر ظروف المباشر على العقوبة	٢٦٠
	هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟	٢٦١
٣٦٥	الشركاء المتسببون	٢٦٢
٣٦٦	شروط الاشتراك بالتسبب	٢٦٣
٣٧١	علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة	٢٦٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	هل يكون الاشتراك بعمل سلبى ؟	٢٦٥
٣٧٢	عدول الشريك وأثره	٢٦٦
	عقوبة الشريك المتسبب	٢٦٧
٣٧٤	أخذ الشريك بقصده الاحتمالى	٢٦٨
٣٧٥	أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب	٢٦٩
٣٧٦	ظروف الشريك الخاصة	٢٧٠
	بين الشريعة والقانون	٢٧١
٣٧٧	العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة	٢٧٢

الباب الثالث الركن الأدبى

٣٨٠	موضوع البحث	٢٧٣
	الفصل الأول — فى المسئولية الجنائية	
٣٨٠	موضوع البحث	٢٧٤
	المبحث الأول — فى أساس المسئولية الجنائية	
٣٨٠	عرض تاريخى للمسئولية الجنائية	٢٧٥
	أولاً — فى القوانين الوضعية	
	ثانياً — فى الشريعة الإسلامية	
٣٨٣	نظرية المسئولية الجنائية فى الشريعة	٢٧٦
٣٨٦	نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	٢٧٧
٣٩٢	معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة	٢٧٨
	معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	٢٧٩
	المبحث الثانى — فى محل المسئولية الجنائية	
٣٩٣	الإنسان محل المسئولية	٢٨٠
	الشخصيات المعنوية	
٣٩٤	شخصية المسئولية الجنائية	٢٨١
٣٩٧	المجنى عليه	٢٨٢
	الاعتداء على رفات الأموات	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	قذف الأموال	
٤٠٠	الشريعة والقانون	٢٨٣
	المبحث الثالث - في سبب المسؤولية ودرجاتها	
٤٠٢	سبب المسؤولية الجنائية وشروطها	٢٨٤
٤٠٣	درجات المسؤولية	٢٨٥
	العمد	
	شبه العمد	
	الخطأ	
	ما جرى مجرى الخطأ	
٤٠٨	الشريعة والقانون	٢٨٦
	المبحث الرابع - قصد العvisان أو القصد الجنائي	
٤٠٩	قصد العvisان	٢٨٧
٤١١	الفرق بين القصد والباعث	٢٨٨
٤١٣	صور القصد	٢٨٩
	القصد العام والقصد الخاص	٢٩٠
٤١٤	القصد المعين والقصد غير المعين	٢٩١
٤١٨	القصد المباشر والقصد غير المباشر	٢٩٢
٤١٩	الرأى الأول وهو رأى مالك	٢٩٣
٤٢٠	الرأى الثانى وهو رأى أبى حنيفة	٢٩٤
٤٢٢	الرأى الثالث وهو رأى الشافعى وأحمد	٢٩٥
٤٢٤	مقارنة بين الآراء الثلاثة	٢٩٦
	بين الشريعة والقانون	٢٩٧
	المبحث الخامس - أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية	
٤٣٠	أثر الجهل على المسؤولية الجنائية	٢٩٨
٤٣٢	أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية	٢٩٩
	المسؤولية عن الخطأ استثناء	٣٠٠
٤٣٥	أنواع الخطأ	٣٠١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	أساس الخطأ	٣٠٢
٤٣٦	نوع من الخطأ عند مالك	٣٠٣
	الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية	٣٠٤
٤٣٨	أثر النسيان على المسؤولية	٣٠٥
	البحث السادس — أثر الرضاء بالجريمة على المسؤولية الجنائية	
٤٤٠	أثر الرضاء على المسؤولية	٣٠٦
٤٤١	الرضاء بالقتل	٣٠٧
٤٤٢	الرضاء بالجرح والقطع	٣٠٨
٤٤٣	أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح	٣٠٩
٤٤٤	بين الشريعة والقانون	٣١٠
٤٤٦	الاتحار والمسئولية الجنائية	٣١١
٤٤٧	إصابة الشخص نفسه	٣١٢
٤٤٨	المبارزة والمسئولية الجنائية	٣١٣
	البحث السابع — في الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية	
٤٥٠	الأفعال المتصلة بالجريمة	٣١٤
	المباشرة	
	السبب	
	الشرط	
٤٥٣	حكم المباشرة والسبب والشرط	٣١٥
٤٥٥	الفرق بين مسئولية المباشرة ومسئولية المتسبب	٣١٦
٤٥٦	مدى مسئولية المباشرة والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة	٣١٧
٤٥٨	رابطة السببية والمسئولية	٣١٨
٤٥٩	تعدد العلل السببية للنتيجة	٣١٩
٤٦٠	انقطاع فعل الجاني	٢٢٠
	توالد العلل والمسببات	٢٢١
٤٦٣	نظرية السببية في الشريعة	٣٢٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٤٦٤	بين الشريعة والقوانين	٣٢٣
	الفصل الثاني - في ارتفاع المسؤولية الجنائية	
٤٦٧	علة ارتفاع المسؤولية الجنائية	٣٢٤
	أسباب الإباحة	٣٢٥
٤٦٨	أسباب رفع العقوبة	٣٢٦
	الإعفاء من العقاب	٣٢٧
	بين الشريعة والقانون	٣٢٨
	المبحث الأول - في أسباب الإباحة - استعمال الحقوق وأداء الواجبات	
٤٦٩	العلة في إباحة الأفعال المحرمة	٣٢٩
٤٧٠	الحق والواجب	٣٣٠
	الفرع الأول - في الدفاع الشرعي	
٤٧٢	أنواع الدفاع الشرعي	٣٣١
	المطلب الأول - الدفاع الشرعي الخاص أو دفع الصائل	
٤٧٣	معنى الدفاع الشرعي الخاص	٣٣٢
٤٧٤	التكليف الشرعي لدفع الصائل	٣٣٣
٤٧٧	بين الشريعة والقانون	٣٣٤
٤٧٨	شروط دفع الصائل	٣٣٥
	الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء	
	الشرط الثاني : أن يكون حالا	
	الشرط الثالث : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر	
	الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه	
٤٨٦	تجاوز حد الدفاع	٣٣٦
٤٨٨	أى يكون للصائل حق الدفاع ؟	٣٣٧
	حكم دفع الصائل	٣٣٨
٤٨٩	بين الشريعة والقانون	٣٣٩

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	المطلب الثاني - في الدفاع الشرعى العام أو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	
٣٤٠	مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٨٩
٣٤١	ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٢
٣٤٢	التكليف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٣
	الاختلاف فى صفة الواجب	
	الاختلاف فىمن يلزمهم الواجب	
٣٤٣	الشروط الواجب توفرها فى الأمر بالمعروف والنهى	
	عن المنكر	٤٩٥
	الشرط الأول : التكليف	
	الشرط الثانى : الإيمان	
	الشرط الثالث : القدرة	
	الشرط الرابع : العدالة	
	الشرط الخامس : الإذن	
٣٤٤	شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٥٠١
	الشرط الأول : وجود منكر	
	الشرط الثانى : أن يكون موجودا فى الحال	
	الشرط الثالث : أن يكون ظاهراً دون تجسس	
	الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به	
٣٤٥	وسائل دفع المنكر	٥٠٥
	التعريف	
	النهى بالوعظ والنصح	
	التعنيف	
	التغير باليد	
	التهديد بالضرب والقتل	
	الضرب والقتل	
	الاستعانة بالغير	
٣٤٦	هل يجوز استعمال الوسائل السابقة فى حق الكافة ؟	٥٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥١٠	حكم التجاوز في دفع النكر	٣٤٧
٥١١	هل لفاعل النكر حق الدفاع ؟	٣٤٨
	الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص	٣٤٩
٥١٢	بين الشريعة والقانون	٣٥٠
	الفرع الثانى — فى التأديب	
٥١٢	أولاً : تأديب الزوجة	٣٥١
	ما يؤذّب فيه	٣٥٢
٥١٤	هل يجوز التأديب لأول معصية ؟	٣٥٣
٥١٥	هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟	٣٥٤
	حد الضرب	٣٥٥
٥١٧	حكم السراية	٣٥٦
	المسئولية على التأديب	٣٥٧
٥١٨	ثانياً : تأديب الصغار	٣٥٨
	شروط تأديب الصغار	٣٥٩
	حكم السراية	٣٦٠
٥٢٠	الفروق بين المذاهب	٣٦١
	الفرع الثالث — فى التطبيب	
٥٢٠	إباحة التطبيب	٣٦٢
٥٢٢	حسن النية	٣٦٣
	خطأ الطبيب	٣٦٤
	إذن المريض	٣٦٥
٥٢٣	إذن ولى الأمر	٣٦٦
	شروط عدم المسئولية	٣٦٧
	المحققون بالأطباء	٣٦٨
٥٢٤	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٦٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الرابع — في ألعاب الفروسية	
٥٢٥	الشريعة وألعاب الفروسية	٣٧٠
٥٢٧	حكم إصابات اللعب	٣٧١
٥٢٨	بين الشريعة والقانون	٣٧٢
	الفرع الخامس — في إهدار الأشخاص	
٥٢٩	معنى الإهدار	٣٧٣
	علة الإهدار	٣٧٤
	زوال العصمة بزوال سببها	
	زوال العصمة بارتكاب الجرائم	
٥٣٣	المهدرون	٣٧٥
	أولاً : الحربي	٣٧٦
٥٣٤	ثانياً : المرتد	٣٧٧
٥٣٨	ثالثاً : الزاني المحصن	٣٧٨
٥٤٢	رابعاً : المحارب	٣٧٩
٥٤٥	خامساً : الباغي	٣٨٠
٥٤٦	سادساً : من عليه القصاص	٣٨١
٥٥١	(١) حكم القتل	٣٨٢
	أ - القتل قبل الحكم أو قبل موعده التنفيذ	
	ب - القتل بعد العفو	
	ج - القتل قبل استئذان باقي الأولياء	
	د - القتل من العافي	
٥٥٥	(٢) حكم مادون القتل	٣٨٣
٥٥٦	سابعاً : السارق	٣٨٤
	الفرع السادس — في حقوق الحكم وواجباتهم	
٥٥٧	واجبات الحكم	٣٨٥
٥٦٠	حقوق الحكم	٣٨٦
٥٦٢	بين الشريعة والقانون	٣٨٧

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الثاني — في أسباب رفع العقوبة	
٥٦٢	ما يرفع العقوبة	٣٨٨
	الفرع الأول — في الإكراه	
٥٦٣	تعريف الإكراه	٣٨٩
	أنواع الإكراه	٣٩٠
٥٦٥	شروط الإكراه	٣٩١
٥٦٨	حكم الإكراه	٣٩٢
	الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه	٣٩٣
٥٧٠	الجرائم التي يباح فيها الفعل	٣٩٤
	مسئولية المسكر المدنية عن هذه الجرائم	
٥٧١	بين الشريعة والقانون	٣٩٥
٥٧٢	الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة	٣٩٦
	حكم المسؤولية المدنية	
٥٧٤	أساس نظرية الإكراه في الشريعة	٣٩٧
٥٧٦	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٩٨
	الإكراه والضرورة	٣٩٩
٥٧٧	شروط حالة الضرورة	٤٠٠
٥٧٨	حكم حالة الضرورة	٤٠١
	الجرائم التي تؤثر عليها الضرورة	٤٠٢
٥٧٩	الجرائم التي تبيحها الضرورة	٤٠٣
٥٨٠	الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها	٤٠٤
٥٨١	حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة	٤٠٥
	الأساس الشرعي لحالة الضرورة	٤٠٦
	الفرع الثاني — في السكر	
٥٨١	الشرب والسكر	٤٠٧
٥٨٢	السكر والمسئولية الجنائية	٤٠٨
٥٨٣	السكر والمسئولية المدنية	٤٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥٨٤	الشريعة والقوانين	٤١٠
	الفرع الثالث — في الجنون	
٥٨٤	محمّد	٤١١
٥٨٥	تعريف الجنون	٤١٢
	الجنون المطبق	٤١٣
٥٨٦	الجنون المتقطع	٤١٤
	الجنون الجزئي	٤١٥
٥٨٧	العتة	٤١٦
	الصرع والهستيريا وما أشبه	٤١٧
٥٨٨	تسلط الأفكار الخبيثة	٤١٨
	ازدواج الشخصية	٤١٩
٥٨٩	ضعف التمييز	٤٢٠
	الصم البكم	٤٢١
٥٩٠	الحركة النومية	٤٢٢
٥٩١	التنويم المغناطيسي	٤٢٣
٥٩٢	هياج العواطف	٤٢٤
٥٩٣	حكم الجنون	٤٢٥
	حكم الجنون المعاصر للجريمة	٤٢٦
	مسئولية الجنون المدنية	
	مدى مسؤولية الجنون المدنية	
٥٩٥	مقارنة بين الشريعة والقانون	٤٢٧
٥٩٦	حكم الجنون اللاحق للجريمة	٤٢٨
	الجنون قبل الحكم	
	الجنون الطارئ بعد الحكم	
	الفرع الرابع — صغر السن	
٥٩٩	محمّد	٤٢٩
٦٠٠	الصغر والمسئولية الجنائية	٤٣٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٦٠١	المرحلة الأولى : انعدام الإدراك	٤٣١
٦٠٢	المرحلة الثانية : الإدراك الضعيف	٤٣٢
	المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام	٤٣٣
	علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ	٤٣٤
٦٠٤	عقوبة الصبي غير المميز	٤٣٥
٦٠٥	القوانين الوضعية والصينيان	٤٣٦

الكتاب الثاني

في العقوبة

٦٠٨	منهج البحث	٤٣٧
-----	------------	-----

الباب الأول

في العقوبة — مبادئ عامة

	العقوبة والغرض منها	٤٣٨
	الأصول التي تقوم عليها العقوبة	٤٣٩
٦١١	نظرية الشريعة في العقاب	٤٤٠
	تقسيم الجرائم إلى قسمين	
	١ — الجرائم الماسة بكيان المجتمع	
	٢ — الجرائم الأخرى	
	علة في اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع	
	علة التفرقة في العقاب بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية	
٦٢١	نظرية العقاب في القوانين الوضعية	٤٤١
٦٢٦	بين الشريعة والقانون	٤٤٢
٦٢٩	شروط العقوبة	٤٤٣

الباب الثاني

أقسام العقوبة

٦٣٢	تقسيم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها	٤٤٤
	١ — العقوبات الأصلية	
	٢ — العقوبات البديلة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - العقوبات التبعية	
	٤ - العقوبات التكميلية	
٦٣٣	تقسيم العقوبات من حيث سلطة القاضى في تقديرها	٤٤٥
	١ - عقوبات ذات حد واحد	
	٢ - عقوبات ذات حدين	
	تقسيم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها	٤٤٦
	١ - عقوبات مقدرة أو لازمة	
	٢ - عقوبات غير مقدرة أو مخيرة	
	تقسيم العقوبات من حيث محلها	٤٤٧
	١ - عقوبات بدنية	
	٢ - عقوبات نفسية	
	٣ - عقوبات مالية	
٦٣٤	تقسيم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها	٤٤٨
	١ - عقوبات الحدود	
	٢ - عقوبات القصاص والدية	
	٣ - عقوبات الكفارات	
	٤ - عقوبات التعازير	
	الفصل الأول — فى العقوبات المقررة لجرائم الحدود	
٦٣٤	الحدود	٤٤٩
	المبحث الأول — فى عقوبات الزنا	
٦٣٥	عقاب الزانى	٤٥٠
٦٣٦	عقوبة الجسد	٤٥١
	المجلد فى القوانين الوضعية	
	عقوبة الزنا فى القوانين الوضعية	
٦٣٩	عقوبة التغريب	٤٥٢
٦٤٠	عقوبة الرجم	٤٥٣
٦٤٤	تعليق على عقوبات الزنا	٤٥٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الثاني — في عقوبة القذف	
٦٤٥	الجلد وعدم الأهلية للشهادة	٤٥٥
٦٤٧	عقوبة القذف في القوانين	٤٥٦
	المبحث الثالث — في عقوبة الشرب	
٦٤٨	عقوبة الجلد	٤٥٧
٦٥٠	الخمر طيبا واجتماعيا	٤٥٨
٦٥١	العالم وتحريم الخمر	٤٥٩
	المبحث الرابع — في عقوبة السرقة	
٦٥١	عقوبة القطع	٤٦٠
٦٥٣	عقوبة السرقة في القانون	٤٦١
٦٥٤	اعتراضات مردودة	٤٦٢
	المبحث الخامس — في عقوبة الحراة	
٦٥٦	عقوبات المحارب	٤٦٣
	القتل	٤٦٤
	القتل مع الصلب	٤٦٥
٦٥٨	القطع	٤٦٦
٦٥٩	النفي	٤٦٧
	المبحث السادس — في عقوبة الردة والبيعى	
٦٦١	عقوبة الردة	٤٦٨
	أ - القتل	
	ب - المصادرة	
٦٦٢	عقوبة البغى	٤٦٩
	المفصل الثاني — في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية	
٦٦٣	عقوبات متعددة	٤٧٠
	أولا : القصاص	
٦٦٨	ثانيا : الدية	
	من يحمل الدية	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	العا	
	علة تحميل العاقلة الدية	
	هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم	
٦٧٨	ثالثا : الكفارة	٤٧٣
	على من تجب الكفارة	
	الصيام	
٦٨٠	رابعا : الحرمان من الميراث	٤٧٤
٦٨١	خامسا : الحرمان من الوصية	٤٧٥
	الفصل الثالث — في عقوبات الكفارات	
٦٨٣	الكفارة	٤٧٦
	العتق	
	الإطعام	
	الكسوة	
	الصيام	
	الفصل الرابع — في عقوبات التعازير	
٦٨٥	ماهية التعزير	٤٧٧
٦٨٦	الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات	٤٧٨
٦٨٧	أنواع التعازير	٤٧٩
	عقوبة القتل	٤٨٠
٦٨٩	عقوبة الجلد	٤٨١
	الحد الأعلى للجلد	
٦٩٤	الحبس	٤٨٢
	الحبس المحدد المدة	٤٨٣
٦٩٧	الحبس غير المحدد المدة	٤٨٤
٦٩٩	التغريب أو الإبعاد	٤٨٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٧٠١	الصلب	٤٨٦
٧٠٢	عقوبة الوعظ وما دونها	٤٨٧
	عقوبة الهجر	٤٨٨
	عقوبة التوبيخ	٤٨٩
٧٠٣	عقوبة التهديد	٤٩٠
٧٠٤	عقوبة التشهير	٤٩١
	عقوبات أخرى	٤٩٢
٧٠٥	عقوبة الغرامة	٤٩٣
	الفصل الخامس — مدى صلاحية العقوبات الشرعية	
٧٠٨	العقوبات الشرعية والإحصائيات	٤٩٤
٧١٢	العقوبات الشرعية والتجارب	٤٩٥
٧١٤	العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان	٤٩٦
	الفصل السادس — العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها	
٧١٦	أنواع العقوبات	٤٩٧
٧١٨	سلطة القاضي في تطبيق العقوبات	٤٩٨
٧١٩	العلة في منح القاضي هذا السلطان	٤٩٩
٧٢٠	لماذا أخفق القضاة في تطبيق نظرية العقوبة	٥٠٠
٧٢٢	فشل واضع القانون في علاج مشكلة العقاب	٥٠١
	أولاً — تعطيل العقوبات الأصلية	
	ثانياً — الميل إلى تخفيف العقوبات	
٧٢٩	علة تعطيل العقوبات وتخفيفها	٥٠٢
٧٣٠	هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام	٥٠٣
	الإعدام	٥٠٤
٧٣٢	عقوبات الحبس وعيوبها	٥٠٥
	١ — إرهاب خزائن الدولة وتعطيل الإنتاج	
	٢ — إفساد المسجونين	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - انعدام قوة الردع	
	٤ - قتل الشعور بالمسئولية	
	٥ - ازدياد سلطان المجرمين	
	٦ - انخفاض المستوى الصحى والأخلاق	
	٧ - ازدياد الجرائم	
٧٤٠	كيف تتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية	٥٠٦
	الباب الثالث	
	تعدد العقوبات	
٧٤٤	تعدد العقوبات وتعدد الجرائم	٥٠٧
	القوانين الوضعية والتعدد	٥٠٨
	طريقة الجمع	
	طريقة الحب	
	الطريقة المختلطة	
٧٤٥	قانون العقوبات المصرى	٥٠٩
٧٤٧	الشريعة والتعدد	٥١٠
	نظرية التداخل	
	نظرية الحب	
٧٥١	مقارنة بين الشريعة والقانون	٥١١
	الباب الرابع	
	فى استيفاء العقوبات	
٧٥٥	من له حق الاستيفاء	٥١٢
	الاستيفاء فى جرائم الحدود	٥١٣
٧٥٦	الاستيفاء فى جرائم التعازير	٥١٤
٧٥٧	الاستيفاء فى جرائم القصاص	٥١٥
٧٥٨	كيفية استيفاء القصاص فى النفس	٥١٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٧٥٩	ما يشترط في آلة القصاص	٥١٧
٧٦٠	هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف	٥١٨
	هل يجوز للسultan أن يستأثر باستيفاء القصاص	٥١٩
٧٦١	استيفاء العقوبات عند التعدد	٥٢٠
٧٦٢	التنفيذ على المريض والضعيف والسكران	٥٢١
	التنفيذ على الحامل	٥٢٢
٧٦٤	التنفيذ على المجنون	٥٢٣
	علنية التنفيذ	٥٢٤

الباب الخامس

في العود

٧٦٦	ماهية العود	٥٢٥
٧٦٨	الثريعة والعود	٥٢٦

الباب السادس

في سقوط العقوبة

٧٧٠	أسباب سقوط العقوبة	٥٢٧
	موت الجاني	٥٢٨
٧٧٢	فوات محل القصاص	٥٢٩
٧٧٣	توبة الجاني	٥٣٠
	الصلح	٥٣١
٧٧٤	العفو	٥٣٢
	جرائم الحدود والعفو	٥٣٣
٧٧٥	العفو في جرائم القصاص والدية	٥٣٤
٧٧٦	العفو في جرائم التعازير	٥٣٥
٧٧٧	إرث القصاص	٥٣٦
٧٧٨	التقادم	٥٣٧

سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عودة

الجزء الثاني

دار الكاتب العربي
بيروت

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهذاه بعد ضلال ، وقفه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة .

و بعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقد ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى ، واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى .

الباب الأول

في

الجنـايات

١ - معنى الجنابة : الجنابة لغة : اسم لما ينجيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية للمصدر من بنى عليه شراً ، وهو عام . إلا أنه خص بما يحرم من الأفعال ، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة .

أما في الاصطلاح الفقهي فالجنابة اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك . لكن عرف الفقهاء جرى على إطلاق اسم الجنابة على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي القتل والجرح والضرب^(١) .

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنابات متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجنابة على هذه الأفعال^(٢) .

ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذه الأفعال تحت عنوان الجراح^(٣) . ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق القتل والاعتداء على النفس والأطراف . كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء^(٤) ويحملونه عنواناً لجرائم القتل والجرح

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٦ ، والزيلعي ج ٦ ص ٩٧ .

(٢) المرجعان السابقان وبدائع الصنائع ص ٢٣٣ . الإقناع ج ٤ ص ١٦٢ البجيرمي على النهج ج ٤ ص ١٢٩ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١ . المغني ج ٩ ص ٣١٨ . الأم ج ٦ ص ١ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٠ — واهب الجليل للعطاب ج ٦

والضرب . ناظرين في ذلك إما إلى النتيجة الغالبة لهذه الجرائم وهي إراقة الدماء وإما إلى أن أحكام هذه الجرائم وضعت لحماية الدماء .

٢ — أقسام الجنابة : ويقسم الفقهاء الجنابة^(١) على الآدمي إلى ثلاثة أقسام :

١ — جنابة على النفس مطلقاً ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التي تهلك النفس أى القتل بمختلف أنواعه .

٢ — جنابة على مادون النفس مطلقاً، ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تمس نفسه وهي الضرب والجرح .

٣ — جنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه . ويقصد من هذا التعبير الجنابة على الجنين لأنه يعتبر نفساً من وجه ولا يعتبر كذلك من وجه آخر . فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعبر عن هذه الجنابة في الاصطلاح القانوني الوضعي بالإجهاض .

٣ — وجرائم القتل والضرب والجرح قد تقع عمداً وقد تقع خطأ . ولكنها سواء كانت عمداً أو خطأ ليست في الواقع إلا صوراً قانونية مختلفة لفعل واحد يقع على جسم المجنى عليه فالضرب بمصداً قد لا يحدث أثراً وقد يحدث شجعة أو جرحاً . وقد يؤدي إلى موت المجنى عليه وقد يكون الضارب قاصداً مجرد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً متعمداً . وقد لا يقصد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً خطأ . فإذا مات المجنى عليه كان الضرب قتلاً عمداً إذا قصد الجاني القتل ، وكان قتلاً شبه عمداً أى ضرباً مفضياً لموت إذا تعمد الجاني الاعتداء ولم يقصد القتل ، وكان قتلاً خطأ إذا لم يقصد الاعتداء أصلاً . فالفارق بين هذه الصور المتعددة المختلفة هو نتيجة الفعل وقصد الجاني ، وهذا التصوير لجرائم القتل والجرح والضرب متحد في الشريعة والقوانين الوضعية .

(١) يلاحظ أن معنى الجنابة في الشريعة يتفق مع معنى الجريمة فالفعل جنابة ولو كان مخالفة أو جنحة أو أكثر جسامه منها ولفظ الجنابة في الشريعة مخالف لمعنى هذا اللفظ في القانون المصري الذي يعتبر جنابة كل فعل معاة ، عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة أو السجن .

وتتفق أحكام جرائم القتل والجرح والضرب في الشريعة الإسلامية مع أحكامها في القوانين الوضعية فيما يختص بأركان الجريمة وصورها والأفعال المختلفة المكونة لها . ولا تكاد الشريعة تختلف عن القوانين إلا في نوع العقوبة التي يقررها كل منهما لهذه الجرائم . بل إن القوانين حين تتناول هذه الجرائم تتناولها على نفس طريقة الشريعة فتجمعها في باب واحد ، كما يتكلم عنها الشراح دفعة واحدة لشدة ما بينها من اتصال وهو نفس ما فعله فقهاء الشريعة في شرح هذه الجرائم .

الفصل الأول

في

القتل

٤ — تعريف القتل : يعرف القتل في الشريعة كما يعرف في القوانين الوضعية بأنه فعل من العبادات يزول به الحياة^(١) أى أنه إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر .

والقتل في الشريعة أصلاً على نوعين : قتل محرم وهو كل قتل عدوان وقتل بحق وهو كل قتل لاعدوان فيه كقتل القاتل والمرتد . وبعض الفقهاء يقسم القتل من حيث الحل والحرم إلى خمسة أقسام : واجب وهو قتل المرتد إذا لم يتب والحربي إذا لم يسلم أو يعط الأمان . محرم وهو قتل المصوم بغير حق . مكروه وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا لم يسب الله ورسوله فإن سبهما لم يكره قتله . مندوب وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا سب الله ورسوله . مباح ومثله قتل المقتص وقاتل الأسير على أن قتل الأسير كذا

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

يرى البعض قد يكون واجباً إذا ترتب على عدم قتله مفسدة ومندوباً إذا كان فيه مصلحة بل يحتمل الوجوب مطلقاً إذا ظهرت المصلحة^(١).

٥ — أقسام القتل: ويقسم الفقهاء القتل تقسيمات تختلف بحسب وجهة نظر

كل منهم ويمكننا أن نستعرض هذه التقسيمات المختلفة فيما يأتي :

أولاً : التقسيم الثنائي : يقسم بعض الفقهاء القتل إلى قتل عمد و قتل خطأ ولا

وسط بينهما ، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت الجاني عليه سواء قصد الجاني القتل أو لم يقصده وبشرط أن لا يكون الفعل قد وقع على وجه اللعب أو مقصوداً به التأديب ممن له حق التأديب . والقتل الخطأ هو ما لم يكن عمداً^(٢) وهذا هو مشهور مذهب مالك^(٣).

ثانياً : التقسيم الثلاثي : يقسم معظم الفقهاء القتل ثلاثة أقسام^(٤) :

(١) عمد وهو ما تمعد فيه الجاني الفعل المزهق قاصداً لإزهاق روح الجاني عليه.

(ب) شبه عمد وهو ما تمعد فيه الجاني الاعتداء على الجاني عليه دون أن يقصد

قتله إذا مات الجاني عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرر المفضي إلى الموت (ح) قتل خطأ ويكون في حالات

أولها : إذا تمعد الجاني الفعل دون أن يقصد الجاني عليه كمن يرمى عرضاً فيصيب شخصاً وتسمى هذه الحالة الخطأ في الفعل . وثانيها : إذا تمعد الجاني الفعل وقصد

الجاني عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للجاني عليه ولكن تبين أن الجاني عليه معصوم كمن يرمى من يظنه جندياً من حنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد

أو ذمي وتسمى هذه الحالة الخطأ في القصد . وثالثها : أن لا يقصد الجاني الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله . ورابعها : أن

(١) يراجع الجزء السابع من حاشية الشبراخيتي مع نهاية المحتاج للرملي ص ٢٣٣ .

(٢) مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٣) حجة مالك وغيره في التقسيم الثنائي ستأتي فيما بعد .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ . الفنى ج ٩ ص ٣٢٠ . الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ .

الزيلي ج ٦ ص ٩٧ .

يتسبب الجاني في الفعل كن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً وتؤدي السقطة لوفاته .

ثالثاً : التقسيم الرابعي : ويقسم بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام :

(١) عمد (٢) شبه عمد (٣) خطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ^(١) .

والعمد وشبه العمد عند أصحاب هذا التقسيم لا يختلفان عما هما عليه في التقسيم السابق فالخلاف منحصر عندهم في الخطأ لا غير .

والخطأ^(٢) عند هؤلاء ما يكون في نفس الفعل أو في ظن الفاعل . فالأول أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كن يرمى صيداً فيصيب شخصاً . والثاني أن يقصد من يظنه مباح القتل كحربي أو مرتد فإذا هو معصوم^(٣) .

أما ما جرى مجرى الخطأ فنوعان : نوع هو في معنى الخطأ من كل وجه وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن يتقلب النائم على إنسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده عن غير قصد . ونوع هو في معنى الخطأ من وجه واحد وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كن يحفر حفرة في طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلاً من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطته^(٤) .

وظاهر مما سبق أن هذا التقسيم لا يختلف عن سابقه في شيء إلا في أنه يقسم ما اعتبره التقسيم السابق خطأ إلى قسمين : أحدهما : الخطأ ، والثاني : ما جرى مجراه .

رابعاً : التقسيم الخامس : ويقسم بعض الفقهاء القتل خمسة أقسام :

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ . الشرح الكبير ج ٩ ص ٣١٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ . بدائع الصنائع ج ٩ ص ٣٣٣ .

(٣) الحربي هو المنتمى إلى دولة محاربة ، والمرتد هو المسلم الذي ترك دينه ، والمعصوم هو من لا يحل قتله ولم يهدر دمه .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ . والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤ .

(١) عمد (٢) وشبه عمد (٣) وخطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ (٥) والقتل بالتسبب :

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويحملون الأخير قسماً مستقلاً^(١).

ويعزى التقسيم الخامس إلى أبي بكر الرازي فقد أداه منطقته إلى اختراع هذا التقسيم حيث رأى أن الخطأ على ضربين . أحدهما خطأ : في الفعل كأن يقصد رمي طائر فيصيب شخصاً . والثاني : خطأ في القصد كأن يقصد إصابة من يظنه حريياً لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لا ينطبق على فعل السامى أو النائم لأن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد ، وفعل السامى والنائم غير مقصود أصلاً فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد . ولما كان حكم فعل السامى والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازي إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه .

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لاعمداً ولا غير عمد وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر في الطريق إذا عطب به إنسان . وقال إن هذا ليس بقاتل في الحقيقة إذ ليس له فعل في قتل المجنى عليه لأن الفعل القاتل إما أن يكون مباشراً من الجاني أو متولداً عن فعله ، وليس من واطع الحجر وحافر البئر فعل في العاثر بالحجر والواقع في البئر لامباشرة ولا متولداً فلم يكن قاتلاً في الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلاً بالتسبب^(٢).

هذه هي التقسيمات المختلفة للقتل ، وظاهر من استعراضها أن التقسيم الثنائي يختلف عن باقي التقاسيم في أنه لا يمتزج بالقتل شبه العمد وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهري أدى إليه منطق الترتيب والتبويب

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ . تسكئة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

(٢) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

الدقيق : ولما كان التقسيم الثلاثي هو أشهر التقاسيم فسنجعله أساساً لبحثنا دون غيره خصوصاً وأنه يتفق مع التقسيم الذي سار عليه قانون العقوبات المصري وغيره من القوانين الوضعية فقد قسم قانون العقوبات المصري القتل إلى عمد وخطأ وضرب أفضى إلى الموت أى القتل شبه العمد .

المبحث الأول

فى

القتل العمد

٦ - القتل العمد هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجنى عليه أى أن تعمد الفعل المزهق لا يكفي لاعتبار الجانى قاتلاً متعمداً بل لابد من توفر قصد القتل لدى الجانى فإذا لم يقصد الجانى القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالقصد ليس قتلًا عمدًا ولو أدى لموت المجنى عليه وإنما هو قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة وضرب أفضى إلى موت فى لغة شراح القوانين الوضعية .

٧ - ويعتبر القتل العمد فى الشريعة من أكبر الكبائر وتُعظم الجرائم . وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته .

تحريم القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن أُقتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً ﴾ [الإسراء آية : ٣٣] وقال : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً ﴾ [سورة الفرقان آية : ٦٨] . وقال : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً ﴾ [سورة الإسراء آية : ٣١] . وقال : ﴿ قل تعالوا أتئل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش

ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون ﴿ [الأنعام : ١٥١] - وقال جل شأنه : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ [سورة المائدة : ٣٢]

عقوبة القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص . فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] .

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فليس ذلك بشيء لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه فضلاً عن أن القرآن جاء بنص صريح فى أنه مكتوب علينا وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم * ولكم فى القصاص حياة يا أولئى الأبواب لعلكم تتقون ﴾ [سورة البقرة ١٧٨ - ١٧٩] .

تحريم القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصاء ، وقتل نفس بغير نفس » وقال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله . فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » وقال : « من قتل نفسه بشيء من الدنيا عذب به يوم القيامة » وقال : « من أعان على قتل امرئ مسلم بشطر كلمة لقي الله مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله » .

وقال : « قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا » وقال في خطبة عرفات :
« ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في
مقامى هذا » .

عقوبة القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه وجد
فى قائم سيفه « إن أعدى الناس على الله القاتل غير قاتله والضارب غير ضاربه
ومن تولى غير مواليه فقد كفر بما أنزل على محمد » وروى أنه قال : « من اعتبط
مؤمنًا بقتل فهو قود به إلا أن يرضى ولى المقتول فمن حال دونه فعليه لعنة الله
وغضبه لا يقبل منه صرف ولا عدل » وقال : « العمد قود » وقال : « من قتل له قتيل
فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالقتل »

أركان جريمة القتل العمد

٨ - أركان جريمة القتل العمد فى الشريعة ثلاثة : أولها : أن يكون الجانى
عليه آدمياً حياً . ثانيها : أن يكون القتل نتيجة لفعل الجانى . ثالثها : أن يقصد
الجانى إحداث الوفاة .

وهذه الأركان هى نفس أركان جريمة القتل العمد فى قانون العقوبات
للمصرى وغيره من القوانين الوضعية .

الركن الأول

القتيل آدمى حى

٩ - تقع جريمة القتل على النفس فهى بطبيعتها اعتداء على آدمى حى ، ولذلك
سماها الفقهاء بالجناية على النفس ، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون الجانى
عليه آدمياً وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتكاب جريمة القتل فمن أطلق
مقدوفاً نارياً على حيوان حى فقتله فإنه لا يعتبر قاتلاً عمداً وإن كان يعتبر متلفاً
لحيوان ، ومن شق بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسمه بقصد قتله وهو

لا يعلم أنه ميت فإنه لا يعمد قاتلاً له لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله أو بتعبير آخر لا يعاقب الجاني على جريمة القتل العمد لاستحالة وقوعها ولكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت .

١٠ - ومن المتفق عليه أن الميت هو من خرج فعلاً عن الحياة فإذا قتل شخص مريضاً في حالة النزاع فهو قاتل له عمداً لأنه أخرجه بفعله عن الحياة .

١١ - وإذا جنى شخصان على ثالث وكان فعل الأول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل شق البطن ومزق الأمعاء فإذا قطع الثاني رقبته فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة أو ما هو في حكم الحياة ، ويستدلون على ذلك بحادث، عمر رضى الله عنه فإنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصاد فعلم الطبيب أنه ميت فقال : اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وهكذا ما دامت الحياة باقية يعتبر الثاني مفوتاً لها ويكون هو القاتل كما لو قتل عليلًا لا يرجى له البرء^(١) .

١٢ - أما إذا كان فعل الأول قد أخرج الجنى عليه من حكم الحياة كأن قطع حشوته أى قطع أمعاءه وانتزعها ثم جاء الثاني وذبحه فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة ففريق يرى أن القاتل هو الأول إذا صير الجنى عليه إلى حركة مذبوح لأنه هو الذى صيره بفعله لحالة الموت ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقاً والفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقدًا الإدراك والاختيار وإذا نطق بكلام منتظم فنطقه حركة مضطر كطلب الماء^(٢) .

ويرى الفريق الآخر أن القاتل هو الثاني لأن من قربت روحه من الزهوق

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٥ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٤٤ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٨ .

(٢) أصحاب هذا رأى هم الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكيين راجع المراجع السابقة .

يعتبر في حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح وهو يرت غيره وتصح الوصية له إذا مات الموصى قبله وإذا استطاع الكلام فأسلم اعتبر إسلامه وورثه أهله من المسلمين وهو على كل حال إما حي أو ميت ولا سبيل لغير هذين الاعتبارين ، ولا يمكن القول بأنه ميت قبل أن يسلم الروح فهو إذن حي على ما به من إصابات فإذا فعل به أحد فعلاً عجل بموته فهو قاتل نفساً عمداً^(١).

١٣ - والجنين في بطن أمه لا يعتبر آدمياً حياً من كل وجه ، ويعبر عنه في الشريعة بأنه نفس من وجه دون وجه فمن يعدم الجنين لا يعتبر قاتلاً له عمداً وإنما يعتبر مرتكباً لجريمة قتل من نوع خاص ويعاقب على فعله بالعقوبة خاصة ، وسنتكلم فيما بعد عن هذه الجريمة ويتفق القانون المصري مع الشريعة في هذا الاتجاه فمن يعدم جنيناً في بطن أمه لا يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للقتل العمد في المادة ٢٣٤ / ١ عقوبات وإنما يعاقب بالمادة ٢٦٠ عقوبات وما بعدها الواردة في الباب الثالث من الكتاب الثالث والخاصة بإسقاط الحوامل .

١٤ - وليس الجنسية المحنى عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أى أثر على اعتباره مقتولاً عمداً فيستوى أن يكون القاتل أجنبياً أو من رعيا دولة الجاني ويستوى أن يكون متديناً أو غير متدين يعتقد دين القاتل أو ديناً آخر ويستوى أن يكون أبيض أو أسود ، عربياً أو أعجمياً ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، ضعيفاً أو قوياً ، مريضاً أو صحيحاً ، ويستوى أن يكون مرضه بسيطاً أو عضالاً يتوقع له الموت أو يرجى له الشفاء ، فمن يقتل إنساناً أياً كان فهو قاتل متمعد ولو كان طبيباً قصد أن يخلص القاتل من آلام مرضه المستعصى ...

١٥ - ووجود جثة القاتل ليس شرطاً لاعتبار جريمة القتل واقعة ، وليس

(١) من هذا رأى أصحاب المذهب الظاهري وبعض المالكيين . راجع مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ والشرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٥ والحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥١٨ .

شرطاً لقيام الدعوى ما دامت الأدلة قائمة على حصول واقعة القتل .

١٦ — ولا خلاف بين الشريعة وقانون العقوبات المصرى فيما سبق .
ولا يشترط القانون المصرى لتوفر هذا الركن أكثر مما بسطناه . ولكن الشريعة الإسلامية تشترط فوق ما سبق أن يكون القتل معصوما أى غير مهدر الدم .

١٧ — والعصمة أساسها فى الشريعة : الإسلام والأمان ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والمواعدة والمهنة وعلى هذا يعتبر معصوما للمسلم والذى ومن بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان متتمياً للدولة محاربة ما دام الأمان قائماً ويعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهى مدة الإذن . فهؤلاء جميعاً معصومون أى لا تباح دماؤهم ولا أموالهم وإذا قتل أحدهم كان قاتله مسؤولاً عن قتله عمداً إن تعمد قتله وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى أن العصمة ليست بالإسلام وإنما يعصم المرء بعصمة الدار ومنفعة الإسلام وبالأمان فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم فى دار الإسلام ومنفعة الإسلام المستمدة من قوتهم وجماعتهم وأهل دار الحرب غير معصومين لأنهم محاربون ، وإن كان فيهم مسلم فلا يعصمه إسلامه حيث لا منعة له ولا قوة^(٢)

والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى بقية الأئمة أن قتل المسلم فى دار الحرب لا عقاب عليه لأنه غير معصوم كما يرى أبو حنيفة وعندهم يعاقب على قتله لأنه معصوم النفس محقون الدم بإسلامه فقط ولا عبرة بوجوده فى دار الحرب .

١٨ — وإذا كان أساس العصمة الإسلام والأمان فإن العصمة تزول

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ - تحفة المحتا ج ٤ ص ١٠ الفنى ص ٤٧٦ ،
٦٠٦ وما بعدها ج ١٠ ، والإقناع ج ٤ ص ١٧٣ الفنى ج ٩ ص ٣٣٥ .
(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٧ .

بزوال الأساس الذى قامت عليه فالمسلم يصبح مهدر الدم برده وخروجه عن الإسلام والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانهاء أمانه ونقضه عهده ، ولا عصمة أصلا لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربيا اصطلاحا ، والحربى مهدر الدم أصلا إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانة وإلا إذا عقدت دولته عهدا ينهى حالة الحرب مؤقتا أو دخلت فى الذمة فإنه يصبح معصوما بعقد المودعة أو عقد الذمة .

١٩ — وكما تزول العصمة بالردة وباتهاء الأمان فإنها تزول بارتكاب بعض الجرائم وهى على وجه الحصر: الزنا من محصن وقطع الطريق والقتل العمد . كذلك تزول العصمة على رأى أبى حنيفة^(١) بارتكاب جريمة البغى وهى الخروج على أنظمة الدولة وقوانينها والثورة على القائمىن بالأمر فيها ، ويسمى الثائرون بغاة وسنفصل القول فيما يأتى عن كل جريمة من هذه الجرائم^(٢) .

٢٠ — ويترتب على زوال العصمة أن يصبح الشخص مهدر الدم أى مباح القتل فإذا قتله آخر لا يعتبر قاتلا لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح ولسكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموولا إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً لجريمة الاغتياث على السلطات العامة لا باعتباره قاتلا وهذا هو الراجح فى المذاهب الأربعة^(٣)

(١) يرى أبو حنيفة وأصحابه أن البغاة غير معصومين ويخالفه فى ذلك مالك والشافعى وأحمد ويقولون إنهم معصومون إلا فى حالة الاشتباك مع أهل المدل وهم الفريق الآخر من الأمة الذى خرج عليه البغاة .

(٢) يحسن بالفارى أن يرجع إلى ما كتبناه عن هذا الموضوع فى الجزء الأول من كتابنا حيث تكلمنا عنه بتوسع .

(٣) الأصل فى الشريعة الإسلامية أن من ارتكب جريمة حوكم عليها فإن ثبتت عليه حكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة وإن لم تثبت حكم ببراءته مما نسب إليه ، وإذا حكم عليه بالعقوبة =

٣٦ - الحربي : هو من ينتمى لدولة محاربة والإجماع على أنه مهدر الدم فلا يعاقب قاتله باعتباره قاتلاً عمداً وإنما يعاقب لأنه أدخل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربي إطلاقاً إن قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس في غير ميدان الحرب وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية

أما إذا قتل الحربي في ميدان الحرب لغير مقتض كان ضبط في أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرها فلا يؤخذ القاتل طبقاً

تولى تنفيذها ولي الأمر أو نائبه ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أى العقوبات المقررة لجرائم الحدود - إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى أى حق الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة ولأن الحد مقتدر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استثنائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه . وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرحضه لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » .

لكن إذن الإمام واجب في إقامة الحد فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المهذب نان ص ٢٨٧) وما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أربع إلى الولاية : الحدود . والصدقات . والجميات . والنوى » - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ - وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف أى إذا كان الحد قتل أو قطعاً وإنما يسأل باعتباره مفتتاً على السلطات العامة ، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقتل فحين مقيمه يسأل عن إقامته أى أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يخلف عنهما . والفرق بين الحالين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جرمه فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزول عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

للشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربى مباح الدم أصلاً كما قلنا لحرايته فضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ومن ثم يبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية عن قتل مباح باعتبار فعل القتل وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يוכל إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة . هذا هو حكم الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً ويعاقب عليه على هذا الاعتبار ولكن الذى يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ، فالنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية من وجهة تقرير عقوبة على فعل الجانى وأن الخلاف واقع فى تصوير الجريمة تصويراً قانونياً فالقوانين تعتبرها قتلاً والشريعة ترى فيها اعتداء على السلطة العامة وكما أن القوانين تعطى للقضاء حق تخفيف العقوبة لظروف الجانى والجناية فإن الشريعة تجيز لولى الأمر أن يرتفع بعقوبة التعزير إلى القتل ، وجريمة الاعتداء على السلطة العامة من جرائم التعازير فيستطيع أولياء الأمور إن شاءوا أن يشددوا عقوبتها فى بعض الحالات دون البعض الآخر .

٢٢ - المرتد : هو المسلم الذى غير دينه فلا يعتبر غير المسلم مرتداً إذا غير دينه ، ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة^(١) فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرأ وأساس العصمة بالإسلام قوله عليه الصلاة والسلام : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل» .

ثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحسان ، وقتل نفس بغير نفس» ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» وعقوبة الحد فى الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها فيعتبر الجانى مهدرأ لوجوب تنفيذ العقوبة فإذا نفذها عليه أى شخص فقتله فقد قتل مهدرأ بحمد من حدود الله مباح القتل كما لو قتل زانياً محصناً .

قاتلا عمداً ، سواء قتله قبل الاستتابة^(١) أم بعدها لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقياً على رده .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافئات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل في ذاته وعلى هذا رأى فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلا أن في مذهب مالك رأياً مخالفاً^(٣) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبیت المال ، وحجتهم أن المرتد يجب استتابة فهو بعد رده كافر فن قتله فقد قتل كافراً محرم القتل فتجب عليه دية لبیت المال لأنه هو الذي يرث المرتد فكان أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلماً عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته وأن الكفر لا يعصم صاحبه ، ولكن الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرها والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوماً بعد كفره .

وتختلف القوانين الوضعية عن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين ويرجع الخلاف إلى الأساس الذي قام عليه كل منهما فالقوانين الوضعية قامت على أساس لا ديني فاقترضت منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين ، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامي فاقترضت طبيعتها العقاب على تغيير الدين الذي أسست عليه .

وقد جرى قانون العقوبات المصري مجرى القوانين الوضعية التي أخذ عنها

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة القتل على المرتد أن يستتاب ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يتب قتل حداً .

(٢) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ١٢٥ والإقناع ج ٤ ص ٣٠١ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) راجع النمرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٧١ .

علم ينص على عقاب المرتد ، وعدم النص لا يعنى أن الردة مباحة ولا عقاب عليها لأن الردة جريمة معاقب عليها بالقتل حداً طبقاً لنصوص الشريعة التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية كما بينا ذلك في الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام على الركن الشرعى للجريمة فمن يقتل الآن مرتداً لا يعاقب على قتله لأنه أتى فعلاً مباحاً طبقاً للشريعة واستعمل حقاً من الحقوق التي قررت لها الشريعة^(١).

٢٣ - ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل : إذا ارتكب شخص جريمة من جرائم الحدود المقدرة حقاً لله تعالى عقوبتها القتل أصبح مهدراً وزالت غصمته بارتكابه هذه الجريمة لأن محل الجريمة حد من حدود الله ، والحدود في الأصل واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتل العفو أو إيقاف التنفيذ ، وتزول العصمة من يوم ارتكاب الجريمة لامن يوم الحكم بعقوبتها لأن أساس زوال العصمة هو إتيان الجريمة وليس الحكم بالعقوبة فالزنا من محض عقوبته الرجم أى القتل ، فإذا أثنى شخص أصبح مهدراً بمجرد ارتكابه الجريمة ، فإذا قتله آخر فقد قتل شخصاً مباح القتل ولا يعاقب على جريمة القتل ما دام أنه يستطيع إثبات وقوع الزنا بالأدلة المقررة لإثبات الزنا فإذا عجز عن إثباته واعتبر قاتلاً وعوقب بالعقوبة المقررة للقتل العمد ، على أنه لا يعنى من العقاب إطلاقاً إذا أثبت الزنا لأنه يعتبر مفتاتاً على السلطات العامة التي اختصت نفسها بتنفيذ العقوبات فيمكن أن يعاقب بمقوبة الافتيات على السلطات العامة . ومثل الزنا من محصن جريمة قطع الطريق المعاقب عليها بالقتل أو القتل والصلب فإن مرتكبها تزول عصمته بارتكابهها ويصبح مهدر الدم فمن قتله لا يعاقب على قتله وإنما يعاقب فقط على افتياته على السلطات العامة .

وليس في جرائم الحدود المقدرة حقاً لله ما يعاقب عليه بالقتل إلا الزنا من محصن (١) راجع ما كتبناه عن استعمال الحق وأداء الواجب في الجزء الأول من هذا الكتاب.

وقطع الطريق والردة وقد تكلمنا عن الردة في الفقرة السابقة .

٢٤ - ارتطاب مبرمة القتل المماقب عليهم بالقصاص : يعتبر القتل قصاصاً

حداً من حدود الله . ولكنه حد مقدر حقاً للأفراد وليس حقاً مقدرًا لله أى للجماعة ومن ثم فرقنا بينه وبين جرائم الحدود المقدرة حقاً لله كالزنا والردة وقطع الطريق .

والقتل الذى يستوجب القصاص من القاتل يزيل عصمة القاتل ويجعله مهدرًا من وقت ارتكاب الجريمة إهداراً نسبياً مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولاية دم القاتل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القاتل فى الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدواناً تحقيقاً لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ أما إذا قتله من ليس ولياً للقتيل فإنه يعتبر قاتلاً عمداً لأن القاتل الأول معصوم الدم بالنسبة للقاتل الثانى ، وقد فصلنا الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الأول من هذا الكتاب بمناسبة الكلام على استعمال الحق وأداء الواجب

٢٥ - البغى : هو الثورة أو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق

المشروع أو بالقوة ، ويسمى الداعون له بغاة ، كما يسمى الفريق المؤيد للحالة القائمة أهل العدل ، والبغاة أمرهم مختلف فيه . فيرى مالك والشافى وأحمد^(١) أنهم معصومون إلا فى حالة الحرب بينهم وبين أهل العدل ، وفى حالة مهاجمتهم لأهل العدل ، أو الاعتداء على أموالهم ، ويرى أبو حنيفة^(٢) أن البغاة غير معصومين فى أى حال وأن دمهم يهدر وعصمتهم تزول بالبغى . وطبقاً لهذا رأى لا يعاقب قاتل الباغى بعقوبة القتل العمد ، وإنما يعاقب باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، هذا إذا قتله فى غير حرب ، أما القتل فى حالة الحرب فلا يعتبر جريمة باتفاق الفقهاء وطبقاً لرأى مالك والشافى وأحمد يعتبر قاتل الباغى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ . المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ . الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ . البدائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

مقاتلاً عندها إذا قتله في غير حرب. أو حيال أى دفاع عن النفس

٢٦ - ولايزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل مادامت العقوبة لا تجب حداً أو قصاصاً . لأن لولى الأمر في غير جرائم الحدود والقصاص حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة^(١) ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتماً وكل عقوبة غير محتمة لاتزيل العصمة ولا تهدر الجاني حتى ولو حكم بها لأن من الجائز أن يعفو لولى الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة .

(١) ليس لولى الأمر حق العفو في جرائم القصاص ، ولكن لأولياء الدم حق العفو بمقابل أو بغير مقابل . وبالرغم من تقرير هذا الحق لأولياء الدم واحتمال عفوم حتى اللحظة الأخيرة فإن الجاني يعتبر مهدر الدم لأولياء الدم حتى يعفوا ، فإن عفواً أو عفاً أحدهم عاد معصوم الدم كما كان قبل ارتكاب الجريمة وقد يظن أن هناك تناقضاً بين حكم هذه الحالة وحكم الجرائم التي لولى الأمر حق العفو فيها ، ففي جرائم القصاص يعتبر الجاني مهدر الدم من وقت ارتكاب الجريمة مع أن لولى الأمر حق العفو ، وفي الجرائم التي يملك لولى الأمر فيها حق العفو يعتبر الجاني معصوم الدم إلى وقت تنفيذ العقوبة ، والواقع أنه لا تناقض أصلاً ، لأن العقوبة من حق الجماعة لا من حق الأفراد ، وولى الأمر يعتبر ممثل الجماعة ، وقد اقتضت المصلحة العامة حرمان ممثل الجماعة من حق العفو في جرائم القصاص ، تحقيقاً للعدل والمساواة وحفظاً للدماء ، كما اقتضت المصلحة العامة التعجيل في تنفيذ العقوبة ، فأصبحت عقوبة القصاص بهذا لازمة واجبة التنفيذ من وقت وقوع الجريمة ، واقتضى هذا النظر اعتبار الجاني مهدرًا ، فإهدار دم الجاني في جرائم القصاص اقتضت المصلحة العامة ، أما العقوبات التي يجوز فيها عفو لولى الأمر ، فإن تقرير العفو فيها استوجبته المصلحة العامة أيضاً ، فوجب تحقيقاً لهذه المصلحة أن يعتبر الجاني معصوماً مادام العفو ممكناً لأن العقوبة لا تعتبر لازمة ولا واجبة التنفيذ حتماً مادام العفو ممكناً ، فالإهدار في جرائم القصاص استوجبته المصلحة العامة ، والعصمة في غيرها اقتضت المصلحة العامة ، وللاحظ فوق هذا أن لولى الأمر حين يعفو إنما يعفو عن حق الجماعة وهو حق عام ، وأن لولى الدم حين يعفو عن حقه في القصاص إنما يعفو عن حقه وهو حق خاص ، ولا يمكن أن ترتب على العفو عن حقين مختلفين في طبيعتهما نتائج واحدة .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في هذه النقطة ، حيث تعتبر القوانين الجاني معصوما ولو حكم عليه بالإعدام ، ولكنها تخالف الشريعة في تعميم هذا الحكم بالنسبة لكل الجرائم وأساس هذا الخلاف أن جرائم الحدود والقصاص في الشريعة لا تقبل العفو ولا تحمل الإمهال والتأخير في تنفيذ العقوبة . فاقضى هذا اعتبار مرتكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل مهدرًا من يوم ارتكاب الجريمة لأن من الواجب توقيع العقوبة عليه فوراً ، ولأن العقوبة لازمة محتمة ، أما القوانين الوضعية فتجيز العفو في كل الجرائم ومن ثم كانت العقوبة فيها غير لازمة حتماً كما هو الشأن في الشريعة في غير جرائم الحدود والقصاص ، وقد اقتضى هذا المنطق اعتبار الجاني معصوما حتى بعد صدور الحكم عليه بالإعدام لجواز العفو عنه

٢٧ - وقت العصمة : لمعرفة وقت العصمة أهمية كبرى ، لأن تحديد مسؤولية الجاني يتوقف على معرفة حال الجاني عليه ، فإن كان معصوما . فالجاني مسؤول عن قتله ، وإن كان مهدرًا فلا مسؤولية .

وقد اختلف في تحديد وقت العصمة ، فأبو حنيفة يرى أن وقت العصمة هو وقت الفعل لا غير فإن كان الجاني عليه معصوما وقت الفعل ، فالجاني مسؤول عن فعله وإلا فلا ، فإذا جرح مسلماً يقصد قتله ثم ارتد الجرح بعد الجرح ومات وهو مرتد فإن الجرح لا يسأل عن القتل ، وإنما يسأل فقط عن الجرح الذي أحدثه في معصوم ، وحجته أن مسؤولية الجاني عن القتل لا تجب بفعل الجاني وإنما تجب بحدوث القتل فعلاً ، وفعل الجاني لا يصبح قتلاً إلا بفوات حياة المقتول ، وقد فانت حياة المقتول في وقت لم يكن فيه معصوما ، فكان القتل هدرًا .

ويرى أبو يوسف ومحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت جميعاً وحجتهما أن للفعل تملقا بالقاتل والمقتول لأنه - فعل القاتل وأثره - يظهر في المقتول بفوات الحياة ، فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً ، والظاهر

أنه لا فرق بين رأى أبى حنيفة ورأيهما إذا اعتبرنا حجة أبى حنيفة ، لأنه استند في حجته إلى وقت الموت ونفى مسئولية الجانى عن القتل على أساس أن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت أن أصبح الفعل قتلًا ، أى وقت موت المجنى عليه . فكذا أنه بهذا ينظر إلى وقت الفعل ووقت الموت معا ، وهذا نفس مايقول به أبو يوسف ومحمد .

ويرى - زفر - أن وقت العصمة هو وقت الموت لا غير .

ويختلف أبو حنيفة مع أبى يوسف ومحمد في تحديد وقت العصمة عند الرمى فيرى أبو حنيفة أن وقت العصمة هو وقت الرمى لا وقت الإصابة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن وقت العصمة هو وقت الإصابة لا وقت الرمى ، وحجة أبى حنيفة أن مسئولية الجانى تترتب على فعله ، ولا فعل منه غير الرمى ، ولا يدخل في قدرته غيره ، فيصير قاتلا به إذا كان المجنى عليه معصوما عند الرمى ، وحجتهما أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة ، فإن حصل التلف في محل معصوم استحق الجانى العقوبة وإن كان الحل غير معصوم وقت التلف فلا عقوبة وعلى هذا لو رمى شخص آخر برصاصة ، فارتد المجنى عليه بعد الرمى وقبل أن يصاب فالجانى مسئول عند أبى حنيفة لأن المجنى عليه كان معصوما وقت الرمى وأما عندهما فهو غير مسئول لأن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت الإصابة^(١) .

ويرى أصحاب مالك والشافعى وأحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت ، ولكن الفقهاء في المذاهب الثلاثة يختلفون في تحديد وقت العصمة حالة الرمى ، فيرى بعضهم أنه وقت الرمى ، ويرى البعض الآخر أنه حالة الإصابة^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٦ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٤ . المغنى ج ٩ ص ٣٤٢ وما بعدها .

وقد وضح فقهاء المذهب الشافعي قاعدة لتغير حال المجنى عليه بين العصمة والإهدار فقالوا :

«إن كل جرح وقع أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال في الانتهاء وما ضمن فيها يعتبر قدر الضمان فيه بالانتهاء» فإذا جرح شخصا حرييا أو مرتداً ثم أسلم الحربي أو المرتد ومات من جرحه بعد إسلامه فلا مسؤولية على الجراح لأن الجرح وقع غير مضمون ، أى وقع على مهدر ، فلا جريمة في فعله ، وإذا جرح مسلماً فارتد بعد الجرح ثم مات من جرحه فلا يسأل الجاني إلا عن الجرح والنفس هدر ، لأن الفعل أصبح قتلاً أثناء الردة ، وقتل المرتد لا عقوبة عليه ، ولو قتله مباشرة بعد الردة لم يكن مسؤولاً عن قتله ، ويرى البعض أنه لا يسأل حتى عن الجرح من باب أولى مادام غير مسؤول عن النفس^(١)

الركن الثاني

القتل نتيجة لفعل الجاني

٢٨ - فعل محبت من الجاني - يشترط لتحقيق هذا الركن أن يحدث القتل بفعل الجاني ، وأن يكون من شأن هذا الفعل إحداث الموت ، فإن كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجاني أو لم يكن فعل الجاني مما يحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجاني قاتلاً .

٢٩ - نوع الفعل : ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلاً . فيصح أن يكون ضرباً أو جرحاً أو ذبحاً أو حرقاً أو خنقاً أو تسميماً

(١) نهاية المحتاج ص ٢٦٤ وما بعدها .

أو غير ذلك ، ويصح أن يقع الفعل من الجاني مرة واحدة ، ويصح أن يقع على التوالي في مدة طالت أو قصرت .

٣٠ - أداة الفعل ووسيلة - ولما كان العرف قد خصص لكل آلة استعمالاً ، ولكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدّثه أو يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل بغيرها ، ولما كانت الوسائل والأدوات القاتلة تختلف اختلافاً بيناً في قوتها وضعفها وأوجه استعمالها وتأثيرها على الجسم وتأثر الجسم بها ، فقد رأى أكثر الفقهاء أن يرتبوا على اختلاف طبائع هذه الوسائل وآثارها ، اختلاف أحكامها وشروطها . وسنبين فيما يلي آراء الفقهاء المختلفة .

٣١ - رأى مالك : ولا يشترط الإمام مالك شروطاً خاصة في الفعل القاتل أو في أداة القتل فعده « أن كل ما تعمد الإنسان من ضربة بلطمة أو بسكّرة أو ببندقية أو بحجر أو بقضيب أو بغير ذلك . كل هذا قتل عمد ، إذا مات فيه المجنى عليه » ، « وأن هناك أشياء يتعمد الإنسان فعلها مثل : الرجلين يضطرعان فيصرع أحدهما صاحبه أو يتراميان بالشئ على وجه اللعب أو يأخذ أحدهما برجل الآخر على حال اللعب ، فيسقط فيموت من هذا كله ، فهذا هو القتل الخطأ ولا يكون قتلاً عمداً لأن الجاني تعمد على وجه اللعب ، فإذا تعمد على وجه القتال والفضب فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمات فهو قتل عمد^(١) » .

هذا هو نص المدونة ، وظاهر منه أنه لا يشترط في الفعل القاتل أو أداة القتل شروطاً خاصة ، فاللطمة وهي لا تقتل غالباً ولا كثيراً تعتبر قتلاً عمداً إذا مات منها المجنى عليه ، وكذلك الضرب بالقضيب أى العصا والأخذ برجل المجنى

(١) راجع مدونة الإمام مالك ج ١٦ ص ١٠٨ - العبارات التي وضعت بين قوسين هي نص المدونة مع تصرف اقتضاه ربط العبارات .

عليه ومصارعته وقذفه بحجر كبير أو صغير ، ولا يشترط لاعتبار كل هذا قتلاً عمداً إلا أن يتعمد الجاني الفعل على وجه العدوان ولو لم يقصد القتل .
ولكن بعض فقهاء المالكية بالرغم من ذلك يعرفون القتل العمداً بأنه إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً أياً كان نوعها ، أو بإصابة المقتل كعصر الأثنيين وشدة الضغط والخفق^(١) ، وظاهر من هذا التعريف أنهم يرون أن تكون آلة القتل بما يقتل غالباً .

ويرى البعض الآخر أن الفعل يعتبر قتلاً عمداً سواء كانت أداة القتل مما يقتل غالباً كالسيف ، أو مما لا يقتل غالباً كالعصا ، وكل ما يشترطونه لاعتبار القتل عمداً أن لا يكون الفعل قد وقع بقصد اللعب أو التأديب^(٢) ، وهذا الرأي هو الذي يتفق مع ما يقول به مالك من تقسيم القتل إلى عمد وخطأ فقط لأن الفعل إما أن يكون عمداً أو خطأ ، ولا يمكن اعتبار القتل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا قتلاً خطأ مع تعمد الجاني الفعل وقصده القتل

٣٢ - رأى الشافعي وأحمد : ويشترط الإمامان الشافعي وأحمد أن يكون القتل مما يقتل غالباً ، ولو كانت الأداة مثقلاً لا يجرح^(٣) ، فإن لم تكن الأداة قاتلة غالباً فالقتل ليس عمداً وإنما شبه عمد
وأدوات القتل على ثلاثة أنواع : نوع يقتل غالباً بطبيعته كالسيف والسكين والرمح والإبرة المسممة والبندقية والمسدس وعمود الحديد والعصا الغليظة ، ونوع يقتل كثيراً بطبيعته ولا يقتل غالباً ، كالسوط والعصا الخفيفة ، ونوع يقتل نادراً بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة واللكزة .

وما يقتل كثيراً أو نادراً بطبيعته قد يقتل غالباً في بعض الظروف . كمرض المجنى عليه أو صغره أو لوقوع الإصابة في مقتل ، ولمعرفة ما إذا كانت الأداة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

(٣) المقتل ما ليس له حد يجرح ولا سن يطنع كالعصا والحجر

من هذين النوعين ، تقتل غالباً أم لا ، يجب أن لا ننظر إلى الأداة وحدها مجردة عن كل ظرف آخر ، بل علينا أن ننظر إلى الأداة وينظر معها إلى صورة الفعل وظروفه وإلى حال المجنى عليه وموقع الفعل من جسمه وأثر الفعل فيه .

فإذا كانت الأداة تقل غالباً مع إدخال أحد هذه العناصر أو كلها في الحساب فالفعل قتل عمد ، وإذا كانت الأداة لا تقتل غالباً مع النظر إلى أى عنصر من هذه العناصر فالفعل قتل شبه عمد ، فمثلاً السوط أداة عدوان ، والعصا الخفيفة كذلك والضرب بأيهما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً ، ولكن تعدد الضربات وموالاتها يقتل غالباً ، والضرب بأيهما في الحر الشديد والبرد الشديد يقتل غالباً وضرب الصغير والعجوز والمريض والضعيف بالسوط والعصا الخفيفة يقتل غالباً والضرب بهما في مقتل كالبطن يقتل غالباً ، وكذلك الضرب في غير مقتل إذا أدى إلى الموت في الحال ، أو ترك آثاراً وآلاماً انتهت بالموت ، وإذا كانت أداة القتل لا تقتل إلا نادراً كالإبرة غير المسممة ، فإنها تعتبر مما يقتل غالباً إذا بولغ في إدخالها في غير مقتل ، أو إذا غرزت في مقتل كالحلق والخاصرة والمثانة أو في مكان حساس أو إذا أدى غرزها إلى الموت في الحال ، والموت في الحال مختلف فيه ، فيرى البعض أنه قتل عمد ، ويراه البعض أنه شبه عمد ، لأن المفروض أن الآلة لا تقتل غالباً وما دامت الإصابة في غير مقتل ، وليس في ظروف الفعل أو صورته ، أو حال المجنى عليه ما يجعل الفعل قاتلاً في الغالب . أو ترك آلاماً وآثاراً انتهت بالموت^(١) .

٣٣ - رأى أبى هنيئة : ويشترط الإمام أبو حنيفة في أداة القتل أكثر مما يشترطه الإمامان الشافعي وأحمد ، فهو يشترط مثلها أن تكون أداة القتل

(١) راجع في مذهب الشافعي نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها وحاشية الجعفي على المنهاج ج ٤ ص ١٣٠ وما بعدها ، وتحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ وما بعدها ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٧ وما بعدها - راجع في مذهب ابن حنبل المفتي ج ٩ ص ٣٢٧ وما بعدها والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها والإقناع ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها .

كما يقتل غالبا ، ويشترط أكثر منهما أن تكون الأداة بما يعد للقتل ، ولا يفي عنده الشرط الأول عن الأخير ، والآلة المعدة للقتل عنده ، هي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مور في الجسم ، سواء كانت من الحديد أو النحاس أو الخشب أو غير ذلك كالسيف والسكين والرمح والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج والمروة والرمح الذي لاسنان له ونحو ذلك . وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة بأن الأداة المعدة للقتل هي ما كانت من الحديد ولو لم تكن جارحة أو طاعنة كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس ، ويلحق بالحديد ما هو في معناه كالرصاص والنحاس وغيرهما من المعادن .

فعلى هذه الرواية العبرة بالحديد وما هو في حكمه سواء جرح أو لم يجرح وعلى الرواية السابقة ، العبرة بالجراح أو الطاعن ، سواء كان من حديد أو غير حديد وهي الرواية الراجحة .

فإذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ، وكانت معدة للقتل كالسيف أو البندقية ، فالفعل قتل عمد في رأى أبي حنيفة ، أما إذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة فالفعل قتل شبه عمد في رأيه ، ولو كانت الآلة مدقة مكسرة كالخشب الكبيرة والحجر الثقيل . والصور الآتية لا تعتبر في رأى أبي حنيفة قتلاً عمداً ، ولو كانت نية الضارب منصرفه للقتل وإنما هي في رأيه قتل شبه عمد .

١ — أن يقصد الجاني القتل بمصا صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة مما لا يقتل غالبا وبشرط أن لا تتوالى الضربات . وذلك لأن الأداة لا تقتل غالبا . ولأنها غير معدة للقتل ، ولكن هذه الصورة تعتبر قتلاً عمداً عند مالك دون شرط ، وتعتبر قتلاً عمداً عند الشافعي وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرفه أو حال الجاني عليه أو موقع الإصابة وأثرها في جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالبا .

٢ — أن يقصد الجاني القتل بما لا يقتل غالباً مع موالاة الضربات حتى يموت

الجنى عليه فهذه الصورة لا تعتبر قتلا عمداً عند أبي حنيفة ، لأن أداة القتل لا تقتل غالباً ، ولأنها غير معدة للقتل ، أما عند مالك والشافعى وأحمد فهى قتل عمد ، وقد اعتبرها مالك عمداً لجرئت تعدد الفعل بقصد العدوان ، أما الشافعى وأحمد فقد اعتبرها هذه الصورة قتلا عمداً ، لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالباً ويكفى عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالباً ليكون الفعل قتلا عمداً .

٣ - أن يقصد الجانى القتل بمنقل يقتل غالباً ، أى بأداة ثقيلة ليست جارحة ولا طاعنة . كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الغليظة وما أشبه ، وهذه الصورة أيضاً لا تعتبر عند أبي حنيفة قتلا عمداً لأن الأداة وإن كانت تقتل غالباً إلا أنها ليست مما يعد للقتل .

ولكن مالك والشافعى وأحمد يعتبرون هذه الصورة من صور القتل العمد ويأخذ أبو يوسف ومحمد من فقهاء مذهب أبي حنيفة رأى الأئمة الثلاثة فيعتبران هذه الصورة قتلا عمداً مخالفين رأى أبي حنيفة ، ورأيهما هو الراجح في المذهب ^(١) . على أن موافقة أبي يوسف ومحمد للأئمة الثلاثة ، لا تعنى الأخذ برأى أحدهم وترك رأى صاحبهما أبي حنيفة ، فإنهما قد وافقا الأئمة الثلاثة على تمسكهما بقاعدة أبي حنيفة وهى اشتراط أن تكون الآلة مما يقتل غالباً وأن تكون معدة للقتل ، وكل ما فى الأمر أنهما اعتبرتا المنقل أداة معدة للقتل على اعتبار أن المنقل يستعمل غالباً فى القتل فأصبح بهذا الاستعمال أداة قاتلة ، وما دام المنقل أداة تقتل غالباً ومعدّة للقتل فالقتل به قتل عمد على شرط أبي حنيفة ، وهكذا اتفقا مع الأئمة الثلاثة نتيجة لمخالفة أبي حنيفة فى اعتبار المنقل أداة معدة للقتل ، لا نتيجة للأخذ برأى أحد من الأئمة الثلاثة .

٣٤ - أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثموية : أساس الخلاف أن

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ - والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، والزبلى

مالك لا يعترف بالقتل شبه العمد ، ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ . فمن زاد قسمًا ثالثًا زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، ولم ينص على غيرها فقال تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنًا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً . ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ [النساء ٩٢ - ٩٣] .

والقتل العمد عند مالك هو : كل فعل تعمده الإنسان بقصد العدوان فأدى للموت أيا كانت الآلة المستعملة في القتل ، أما ما تعمده على وجه اللعب أو التأديب فهو قتل خطأ إذا لم يخرج الفعل عن حدود اللعب والتأديب المعروفة وكان بآلة اللعب والتأديب المعدة لهما ، فإن خرج عن ذلك فهو قتل عمد .

ومن طبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ أن يكتفى بتعمد الجاني الفعل على وجه العدوان دون النظر إلى الآلة المستعملة في القتل ، لأن اشتراط شروط في الآلة كأن تكون قاتلة غالباً أو معدة للقتل . يقتضى أن تكون كل الأفعال المتعمدة التي تحصل بآلة لا تقتل غالباً كالعضا الخفيفة والسوط ، فلا خطأ حتى مع تعدد الضرب ومولاته . كما يقتضى أن تكون الأفعال المتعمدة التي تحصل بما لم يعد للقتل كإسقاط حائط على إنسان ، أو إلقائه من شاهق . أو ضربه بمصاعليظة قتلاً خطأ ، وهذا ما لم يقل به أحد قط ، فطبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ هي التي اقتضت من مالك أن لا يشترط في الآلة القاتلة أى شرط ، وسواء كانت الآلة تقتل غالباً أم تقتل كثيراً أو نادراً . فالقتل عمدٌ ما دام الفعل عمداً وبقصد العدوان ، بل إن هذا التقسيم اقتضى أن لا يشترط حتى قصد القتل ، لأن اشتراطه يخرج بكثير من حالات العمد ويجعلها خطأ ، وهي ليست كذلك .

٣٥ - أما بقية الأئمة فيرون أن القتل عمد وشبه عمد وخطأ ، وحجتهم في شبه العمد حديث الرسول : « ألا إن في قتيل الصوت . . . الحديث » فاقضت منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتعمدة هما : القتل العمد والقتل شبه العمد . وقد استعانوا في التفرقة بين هذين النوعين بـمميز صالح للتمييز هو قصد القتل ، فإذا قصد الجاني القتل ، فالفعل قتل عمد ، وإذا لم يقصده فهو قتل شبه عمد ، لكنهم وجدوا أن القصد أمر داخلي يتعلق بنية الجاني ولما يطلع الآخرون عليه ، وأن وجوده يكون دائماً مشكوكاً فيه ما لم يدل عليه دليل خارجي فإذا وجد هذا الدليل الخارجي زال الشك ، ومن ثم رأوا أن قيام قصد القتل في نية الجاني لا يكفي وحده لثبوته ، واشترطوا لاعتبار القصد ثابتاً أن يكون من ثبوته دائماً عن طريق الوسيلة أو الآلة التي ارتكبت بها الجريمة لأنها تعبر عن نية الجاني وقصده من الجريمة ، ولأنها هي الدليل الخارجي الظاهر على نية الجاني ولما أرادوا تحديد هذا الدليل الخارجي اختلفوا : فرأى الشافعي وأحمد أن الدليل على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً . ورأى أبو حنيفة أن الدليل الخارجي على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً على أن تكون الآلة والوسيلة مما يعد للقتل .

٣٦ - كيف يثبت قصد القتل ؟ - ويخلص مما سبق أن قصد القتل يثبت من وجهين : أولاً - عن طريق الآلة المستعملة في الجريمة . ثانياً - عن طريق الأدلة العادية كالاعتراف ، وشهادة الشهود . ولكن لا يمكن أن يعتبر القصد ثابتاً بأي حال ما لم يثبت قصد القتل عن الطريق لأوال ، لأن كل إثبات يحىء عن الطريق الثانى يعتبر مشكوكاً فيه حتى يزول الشك بثبوت القصد عن طريق الآلة أو الوسيلة المستعملة في القتل .

واعتبار القصد الجنائى ثابتاً باستعمال آلة قاتلة ليس قرينة قاطعة ولا دليلاً غير قابل للنفي ، فيجوز للجاني أن يثبت أنه لم يستعمل الآلة القاتلة بقصد القتل فإذا استطاع إثبات دفاعه ، انتفى وجود قصد القتل واعتبر الفعل قتلاً شبه عمد

٣٧ - أساس الخلاف بين الشافعي وأحمد وبين أبي حنيفة : - أما الخلاف

بين الشافعي وأحمد من جهة وبين أبي حنيفة من جهة أخرى فأساسه اختلاف وجهة النظر في تحديد معنى القتل العمد فأبو حنيفة يرى أن عقوبة القتل العمد عقوبة متناهية في الشدة ، وهذا يستدعي أن تكون جريمة العمد متناهية في العمد ، بحيث يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « العمد قود » فشرط العمد مطلقاً من كل قيد والعمد المطلق هو العمد الكامل من كل وجهة ، أو هو العمد الذي لا شبهة فيه ، فلا يعتبر العمد كاملاً مع قيام الشبهة ووجودها ، ذلك أن الفرق بين العمد وشبهه العمد هو قصد القتل فقط ، فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه ، والشبهة لا تكون إذا كان القتل بآلة تقتل غالباً ومعدة للقتل ، لأن استعمال هذه الآلة يظهر بجلاء قصد الجاني بحيث لا يدخله الاحتمال ولا الشبهة ، فما كان هكذا اعتبر العمد فيه كاملاً من كل وجه وكان قتلاً عمداً ولهذا اعتبر أبو حنيفة القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل قتلاً شبهه عمد ، ولم يعتبره قتلاً عمداً ، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصده القتل عادة ، بل يقصده التأديب والتهديب عادة ، فكان هذا الاعتبار شبهة في القصد ، والقتل العمد لا يعتبر موجوداً مع قيام الشبهة في القصد ، وكذلك اعتبر الموالاة في الضرب بقصد القتل قتلاً شبهه عمد إذا أدى الضرب الموت ، لأنه يحتمل حصول القتل بضربة أو ضربتين على سبيل الاستقلال دون حاجة إلى الضربات الأخرى ، والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً كما تبين مما سبق لاحتمال أن الضربة والضربتين قصد بهما التأديب والتهديب ، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال ، جاءت الشبهة ، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد .

أما في المنقل . فيرى أبو حنيفة أن استعمال آلة تقتل غالباً ولكنها غير معدة للقتل هو في ذاته دليل على عدم القصد ، لأن الأصل عنده ، أن كل فعل يحصل

بالآلة المعدة له . فإذا حدث بآلة لم تعد له احتمال أن الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات وهذا الاحتمال شبهة ، والشبهة تمنع القول بالقتل العمد .

٣٨ - أما الصافعي وأحمد : فمن رأيهما أن الاكتفاء بأن تكون الآلة قاتلة

غالبًا أيًا كان نوعها . لأنها إذا كانت كذلك فهي بذاتها دليل على توفر قصد القتل وانتفاء قصد التأديب والتهذيب ، فإذا انغم هذا إلى وجود قصد القتل في نية الفاعل ، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه ، ووجب اعتبار الفعل قتلاً عمداً .

وعلى هذا الأساس اعتبروا الضربة والضربتين بعضاً خفيفة قتلاً عمداً إذا كانت الآلة تقتل غالباً لظروف الجنى عليه أو الفعل أو غير ذلك ، كما أنهما اعتبرا الموالاة في الضرب قتلاً عمداً . لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً ، واعتبروا الضرب بالمثل قتلاً عمداً لأنه يقتل غالباً فكان استعماله دليل القصد إلى القتل ، فإذا انضم هذا إلى أصل القصد الكامن في نية الجاني ، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه .

٣٩ - معروف أبي يوسف ومحمد وأبي حنيفة : - خالفوا في المنقل واعتبرا

القتل به قتلاً عمداً ، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمثل قتلاً شبه عمداً كما بينا ، وحجتهما أن الضرب بالمثل مهلك غالباً ، وأنه لا يستعمل في الضرب إلا بقصد القتل ، فجعله هذا الاستعمال أداة معدة للقتل ، ومن ثم كان استعماله باعتباره آلة تقتل غالباً ومعدة للقتل دليلاً على قصد القتل كاستعمال السيف ، ووجب اعتبار الفعل قتلاً عمداً لانتهاء شبهة في القصد ولوجود العمد كاملاً^(١) .

٤٠ - بين التريعة والقانونية : - لا تفرق آراء شراح القوانين كثيراً عن

آراء الفقهاء التي عرضناها فشرح القوانين يفرقون كما يفرق الفقهاء بين الفعل القاتل ووسيلة القتل ، ويشترط الشراح عموماً في القتل الموقوف أو الخائب الأثر أن تكون الوسائل المستخدمة فيه مما يحدث الموت ، لأن تخلف هذا الشرط يجعل الجريمة مستحيلة الوقوع بالوسيلة التي استخدمها الجاني .

٤١ - ويختلف الشراح فيما إذا كانت وسيلة القتل لاتحدث القتل غالباً ، وكانت تحدثه في الكثير أو النادر ، كمن يلطم آخر أو يلكزه أو يضربه بعضاً رفيعة ، أو يجرحه في غير مقتل وهو قاصد قتله . فيرى البعض وهم أصحاب الفطرية المستحصلة أن الفعل إذا لم يؤد للوفاة لا يعتبر شروعاً في قتل عمد . لأن نية القتل عندهم لا تكفي وحدها لاعتبار القتل عمداً ، بل يجب أن تكون أداة القتل من شأنها إحداث القتل - أى مما يقتل غالباً - لأن الجرح والضرب قد يقتل كثيراً أو نادراً وليس هذا شأن اللطم واللكز والضرب الخفيف والجرح في غير مقتل وعلى هذا الأساس ، يعتبرون الضرب والجرح في هذه الحالة ضرباً عادياً .

ويرى البعض الآخر أن مثل هذه الأفعال يصح أن تكون شروعاً في قتل لأنها تؤدي غالباً للموت إذا تكررت وقوعها أى مع موالاة الضرب والجرح أو تعدد الإصابات ، ورأى الفريق الأول يتفق مع رأى أبى حنيفة في الضرب البسيط وضرب الموالاة ، كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد في الضرب بالمثل ، لأنهم ينظرون إلى طبيعة أداة القتل دون نظر إلى تعدد الفعل وظروفه وحال الجنى عليه وأثر الفعل فيه ، أما رأى الفريق الثانى فيتفق تماماً مع رأى الشافعى وأحمد ومن باب أولى مع رأى مالك . ويلاحظ أن نفي الاتفاق فيما يختص بأداة القتل فقط لا فيما يختص بالمسئولية عن الفعل .

٤٢ - أما إذا أعقب الضرب والجرح البسيط حدوث الموت ، فعامة الشراح في فرنسا على أن الفعل يعتبر ضرباً أفضى إلى الموت إذا أمكن القطع بأن الوفاة نشأت عن الضرب والجرح . أما إذا كان من المرجح أن مرض الجنى عليه السابق على الواقعة أو التالى لها ، أو إهماله العلاج هو الذى سبب الموت ، فلا يسأل الجانى إلا عن الضرب فقط دون الموت ، ولو أن الجنى عليه لم يمت إلا على أثر الضرب أو الجرح لأن الموت في نظر هؤلاء الشراح لم يكن نتيجة مباشرة لفعل الجانى . أى أن فعل الجانى لم يكن السبب المنتج ، بل هو سبب

عارض فقط ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع رأى أبى حنيفة فى القتل العمد عموما كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد فى مسألة المقتل^(١).

٤٣ - الأفعال المتعمدة بالقتل : - والأفعال التى تتصل بالقتل لا تعدد فعلا من ثلاثة ففى : إما مباشرة وإما سبب وإما شرط والتميز بين هذه الأفعال ضرورى للتمييز بين القاتل وغير القاتل^(٢).

٤٤ - المباشرة : - ويعرف الفقهاء المباشرة بأنها ما أثر فى التلف وحصله أى ما جلب للموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين ، فإن الذبح يجلب الموت بذاته . وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكان الخنق فإنه متلف بذاته المجنى عليه ، وهو فى الوقت نفسه علة تلفه - أى ما أتلف المجنى عليه وكان علة تلفه .

٤٥ - ويعرفونه السبب : بأنه ما أثر فى التلف ولم يحصله ، أى ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة كشهادة الزور على برىء بالقتل فإنها علة للحكم عليه بالإعدام ، ولكنها لا تجلب بذاتها الإعدام وإنما الذى يجلبه فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ الحكم ، وكذلك حفر بئر وتغطيتها فى طريق المجنى عليه بحيث يسقط فيها ويموت من سقطته .

والسبب على ثلاثة أنواع : - ١ حسى : كالإكراه ، فإنه يولد فى المكره داعية القتل .

٢ - شرعى : كشهادة الزور على القتل ، فإنها تولد فى القاضى دواعى الحكم بالإعدام .

٣ - ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف ، وحفر بئر وتغطيتها فى طريق القتل .

(١) راجع أحمد بك أمين ص ٣٠٩ . والموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٦٨٥ ، ٦٨٧ .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٢٤٠ - الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها للإمام الغزالي .

فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذى أَمَاتَ المجنى عليه ، وإنما السقطة هى التى أَمَاتَتْ ، والسبب يشبه المباشرة من وجه ، فكلاهما علة للموت فعنى ذلك أن الفعل المباشر المؤدى للموت يتولد عن السبب .

٤٦ - الشرط - هو مالا يؤثر فى التلف ولا يحصل بل يحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه ، أى هو مالا يكون علة للموت ولا يجلب الموت ، أو هو كل فعل لم يتلف المجنى عليه ، ولم يكن علة فى تلفه ، ولكن وجوده جعل فعلاً آخر متلفاً أو علة فى التلف ، ولولا وجوده ما كان له هذا الفعل الآخر ذلك التأثير ، ومثل ذلك أن يلقى إنسان بأخر فى بئر حفره ثالث بغير غرض للقتل ، فيموت الثانى ، فإن ما أثر فى التلف وحصله هو الإلقاء لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له الأثر الذى حدث لولا وجود البئر .

٤٧ - المسؤولية عن المباشر والمتسبب والشرط - صاحب الشرط لا مسؤولية عليه إطلاقاً لأن فعله ليس علة للموت ولم يؤد للموت ، لا بالذات ولا بالواسطة ، أما صاحب المباشرة وصاحب السبب فكلاهما مسؤول عن فعله لأنه علة للموت وأدى إليه بالذات أو بالواسطة بمستوى بذلك لدى الفقهاء أن يكون القتل العمد مباشرة أو تسبباً إذ لا عبرة بالفرق الظاهر بين المباشرة والسبب ، وإذا كان فعل الجانى مباشرة سعى القتل قتلاً مباشراً وإذا كان سبباً سعى القتل قتلاً بالتسبب .

٤٨ - قمره المجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب - ويدق الأمر فى تحديد المسؤولية إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل الجانى ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية بحكم هذه الحالة :

١ - إذا كان الفعل مهلكاً والدفع غير موثوق به كترك معالجة الجرح اعتبر القاتل قاتلاً ولا عبرة بترك العلاج .

٢ - إذا كان الفعل غير مهلك والدفع موثوق به كمن ألقى آخر فى ماء قليل فبقى مستلقياً فيه حتى نام أو تصلبت أطرافه من البرد فإن الفاعل لا يعتبر

قاتلاً ، إذ الموت نتيجة لبقاء الجنى عليه في الماء وليس نتيجة إلقائه فيه ، وتختلف الفقهاء في تطبيق هذا المبدأ ، فالشافعية يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى مات لا يسأل من فصدته عن القتل ، والحنفية يرون أنه مسؤول ، لأنه أحدث الجرح الذي أدى إلى الوفاة وأن الدفع لم يكن موثقاً به^(١) .

٣ - إذا كان الفعل مهلكاً والدفع سهلاً كما لو ألقى من يحن السباحة في ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص في نار قليلة استطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، ففي هذه الحالة خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ، ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ، ولأن العادة ألا يستسلم الناس للموت فيكون القتل نتيجة للإلقاء ، ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام الجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل والخروج من النار فبقى فيها مختاراً^(٢) وأسباب الخلاف هو اختلاف وجهة النظر في تصور حال الجنى عليه ، فلو علم قطعاً أنه بقي مختاراً فالملقى لا يعتبر قاتلاً بلا خلاف ، ولو علم قطعاً أنه لم يكن مختاراً في بقاءه فالملقى قاتل دون خلاف .

٤٩ - ولا يشترط الفقهاء أن يكون القتل العمد حاصلًا بيد الجاني مباشرة ، فيستوى عندهم في القتل العمد أن يكون مباشرة أو تسببياً ، فإذا ذبح الجاني الجنى عليه بسكين فهو قاتل عمداً ، وإذا أعد الجاني وسائل الموت وهباً أسبابه للمجنى عليه فهو قاتل عمداً ، ولو كان الموت معلقاً على ظرف معين أو على مشيئة الجنى عليه فيعد قاتلاً عمداً من يحفر بئراً في طريق الجنى عليه ويستترها عن نظره ، أو جسراً في طريقه ولو كان المرور في الطريق معلقاً على ظرف خاص أو على مشيئة الجنى عليه ، وهكذا في غير ذلك من الصور مادام الفعل يحدث الموت بذاته ، أو مادام بين الفعل والموت رابطة السببية^(٣) .

(١) المفتي ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) راجع الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ - المفتي ج ٩ ص ٣٢٢ وما بعدها - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٢٠١ ، ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

٥٠- رأى يؤي صيفر - وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل

المباشر والقتل بالنسب ويعتبر كليهما قتلا عمداً ولكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدروها عن القاتل بالنسب ويجعل بدلاً منها الدية ، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص ، ومعنى القصاص المائلة ، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة ، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلاً بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المائلة في الفعل ، فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة لا يقتص منه لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد إلى إعدام المشهود عليه مباشرة^(١) .

٥١- تعدد المباشرة والسبب : - وإذا كان الجاني واحداً كان فعله إما مباشرة أو تسبياً إذا كان فعلاً واحداً ، فإذا تعددت أفعال الجاني أو تعدد الجناة تعددت تبعاً لذلك أفعال المباشرة والنسب ، وقد تكون الأفعال جميعها مباشرة وقد تكون جميعها تسبياً ، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسبياً

٥٢- اجتماع مباشرتين فأكثر : - إذا تعددت أفعال الجاني المباشرة فسواء كانت كلها قاتلة إذا انفردت أو بعضها فقط هو القاتل ، وسواء وقعت بمجموعة أو متعاقبة فالجاني مسؤول عن القتل العمد مادام فعله أو أفعاله من شأنها إحداث الموت ومادام أنها قد أدت إليه فعلاً .

أما إذا كانت الأفعال المباشرة من أشخاص متعددين فالحكم يختلف بحسب ما إذا كانت قد وقعت منهم مجتمعين متآلفين أو وقعت منهم على التعاقب ، وقبل الكلام على هاتين الحالتين يجب أن نعرف أولاً معنى التآلف .

٥٣- التآلف : - الأصل في التآلف هو قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان

بمدينة صنعاء امرأة غاب عنها زوجها وترك في حجرها ابناً له من غيرها يقال له أصيل فأتخذت المرأة بعد زوجها خليلاً ، فقالت له إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله ، فأبى فامتنعت عنه فضاوعها ، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وسادها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به في بئر ، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباقيون ، فكتب إلى عمر بن الخطاب بنحبر ما حصل ، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً ، وقال : « والله لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .

وروى عن علي أنه قتل ثلاثة قتلورجلاً ، وعن ابن عباس قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان قتل الجماعة بالواحد إجماعاً لأنه عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجب للواحد على الجماعة ، كعقوبة القذف للواحد على الجماعة فضلاً عن أن القصاص لا يتبعض ، فلو سقط بالاشتراك لأدى ذلك إلى التسارع إلى القتل وضاعت حكمة الوضع والزجر .

ومع أن الأئمة الأربعة يسلّمون بأن الجماعة تقتل بالواحد إلا أنهم اختلفوا في معنى التماثل ، فأبو حنيفة يرى أن التماثل هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بحيث يجتمعون على ارتكاب الفعل في فور واحد دون سابقة من تدبير أو اتفاق ، ويأخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد كما هو الظاهر^(١) . ولا يرتب أبو حنيفة على التماثل نتيجة ما فإذا لم يكن فعل الجاني قاتلاً فلا أثر للتماثل عليه .

ويرى مالك أن التماثل يعني الاتفاق السابق على ارتكاب الفعل والتعاون على ارتكابه ، وأن التوافق على الاعتداء لا يعتبر تماثلاً ، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم يخالفون مالكاً في أنهم

(١) - الزيلعي ج ٦ ص ١١٤ - والبحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ - والنفى الجزء ٩ ص

٣٦٦ - والفرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ وما بعدها - والمهذب ج ٢ ص ١٨٦ .

لا يعتبرون متماثلاً إلا من اشتراك في ارتكاب الفعل بصفته فاعلاً له (١) .

أما مالك فيعتبر متماثلاً كل من حضر الحادث وإن لم يباشر الفعل إلا أحدهم أو بعضهم ، لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر فهو يعتبر متماثلاً كل من حضر ولو كان ريثة أى رقيباً بشرط أن يكون مستعداً للتنفيذ ما اتفقوا عليه (٢) .

٥٤ - القتل المباشر على الوجهين : - من المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أنه إذا قام جماعة بقتل شخص في فور واحد بأن توافقت إراداتهم على القتل وقت الحادث فقط دون اتفاق سابق ، فإن كلا منهم يعتبر قاتلاً عمداً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه وكان على انفراده له دخل في إحداث الموت كأن جرحه كل منهم جرحاً أو جراحاً قاتلة لها دخل في زهوق روحه ، ولا عبرة بالتفاوت بين الجناة في عدد الجراح ونحشها ، فإذا أحدث أحدهم جرحاً والآخر عشرة وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فحشاً فكل منهم مسؤول عن القتل العمد مادام قد أحدث جرحاً له دخل في إحداث الوفاة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له في الزهوق فلا يعتبر قاتلاً وإنما يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ، والعبرة بقول الخبراء في كون الفعل له دخل في الزهوق أم لا ، فمن قرر الخبراء أن لفعله دخلاً في الزهوق فهو قاتل عمداً ومن قرروا أن فعله لا دخل له في الزهوق فهو جراح أو ضارب .

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف المزهق من غير المزهق فهم جارحون أو ضاربون ولا يسألون عن القتل لأن الجرح والضرب هو المتيقن منهم وهذا هو رأى الأئمة ما عدا مالكا ، ويرى بعض فقهاء الحنفية مسؤولية جميعاً عن القتل إذا لم تتميز أفعالهم (٣) .

(١) - الشرح الكبير للردريج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٦١

٢٦٣ - وتحملة المحتاج ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ - وحاشية البجيرى على المنهج ج ٤ ص ١٤٠

والاقتناع ج ٤ ص ١٧٥

(٢) - المراجع السابقة (٣) - حاشية ابن عابدين ٤٩٠

وإذا كان فعل كل منهم منفرداً لا دخل له في الزهوق ولكن أفعالهم مجتمعة أدت إليه ، فيرى بعض الشافعية أن كلا منهم يعتبر قاتلاً عمداً .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في حكم لها قضت فيه بأنه متى كان الثابت أن كلا من المتهمين قد ضرب القاتل وأن ضربه ساهمت في إحداث الوفاة كان كل منهم مسئولاً عن الوفاة ولو لم يكن بينهم اتفاق سابق ، ولو كانت الضربة الحاصلة من أحدهم ليست بذاتها قاتلة فإذا كان الثابت أن كلا منهم قد قصد القتل كان مسئولاً أيضاً عن جناية القتل ^(١) .

ولا يرى البعض ذلك وهو متفق مع مذهب أبي حنيفة وأحمد ^(٢) . أما مالك فيرى أنه إذا لم تتميز الضربات أو تميزت سواء تساوت أو اختلفت ، ولكن لم يعلم عن من أحدثت ضربه الموت ، فيوم جميعاً قاتلون إذا ضربه عمداً عدواناً ، وفي المذهب يرى سقوط القصاص وإحلال الدية محله إذا لم تتميز الضربات ولم يعلم من أيها مات وهو رأى مرجوح ^(٣) .

هذا هو حكم القتل على الاجتماع عند القائلين بأن التماثل هو التوافق فهم يعتبرون القتل على الاجتماع مصحوباً دائماً بتوافق الإرادات أي التماثل .

أما من يرون أن التماثل هو الاتفاق السابق وليس التوافق ، فيستطون الأحكام السابقة للجماعة غير المتماثلين ، فإن كانوا متماثلين على القتل فإنهم يسألون جميعاً عن القتل العمد ، سواء كان فعل كل منهم له دخل في الزهوق منفرداً أو مجتمعاً أو لا دخل له ، وسواء تميزت الأفعال أو لم تتميز ، ولو ضربه بسياط أو عصاً خفيفة أو بأيديهم ولو كان ضرب كل منهم غير قاتل نحو أن يضر به كل

(١) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٨ الحاماة س ١٩ ص ٦١٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣ والافتاء ج ٤ ص ١٧٠

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨

منهم سوطاً أو نحو أن يضربوه على التوالي .^(١)

٥٥ - القتل المباشر على التعاقب : المفروض في القتل على التعاقب ، أنه ليس ثمة توافق ولا تماثل بين الفاعلين وأنهم يرتكبون الفعل منفردين على التعاقب لا مجتمعين كما هو الحال في القتل على الاجتماع . وحكم القتل على التعاقب ، أنه إذا قام أكثر من شخص بقتل واحد فإن كلا منهم يعتبر قاتلاً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه ، وكان على انفراده له دخل في إحداث الوفاة ، وإذا جرحه أحدهم جرحاً وجرحه الآخر عشر جراحات فكلهما مسئول عن قتله عمداً ولا عبرة بكثرة الجراحات مادام كل جرح له أثره في إحداث الوفاة ، ولأن الإنسان قد يموت بجرح واحد ولا يموت بجراحات كثيرة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له في إحداث الوفاة ، فإنه يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ويسأل الساقون عن القتل ويرجع في هذا إلى قول الخبراء في الطب .

وإذا شق من الجراح التي أحدثها أحدهم ، ومات من الجراح الباقيين كان كل مسئولاً عن نتيجة فعله ، فمن برئت جراحه التي أحدثها سئل عن الجرح ، ومن لم تبرأ جراحه سئل عن القتل إذا كان لجراحه دخل في الموت . فإذا اشترك ثلاثة في قتل رجل ، فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوصه ثالث فمات ، فكل من الثلاثة قاتل عمداً ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين ، فمن برأ جرحه يعاقب باعتباره جارحاً ويعاقب الآخران باعتبارهما قاتلين^(٢) .

وإذا قطع واحد يده من المعصم . وقطع الثاني نفس اليد من المرفق فمات

(١) الشرح الكبير للردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣

والإقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٦

فإن برئت جراحة الأول قبل قطع الثاني ، فالأول جرح ، والثاني قاتل دون خلاف وإن كان القطع الثاني قبل براء القطع الأول فيرى الشافعي وأحمد أن الاثنين قاتلان . لأن جرح كل منهما قاتل وحده . والألم الحاصل بالجرح الأول انضم إلى الألم الحاصل بالجرح الثاني وتكامل به ، فكان الموت مضافاً إليهما . ومن أصحاب هذا الرأي زفر ، ويرى أبو حنيفة وباقي أصحابه أن القاتل هو الثاني ^(١) لأن السراية باعتبار الآلام المترادفة التي لا تتحملها النفس ، إلى أن يموت وقطع اليد من المرفق يمنع وصول الألم من القطع السابق إلى النفس . فكان قطعاً للسراية ، فبقيت السراية مضافة إلى القطع الأخير ويرى مالك أنه إذا كان القطع الثاني عقب القطع الأول فهما قاتلان وإن عاش بعد القطع الأول حتى أكل وشرب ثم مات عقب الثاني مباشرة فالقاتل هو الثاني ، وإن عاش بعدها حتى أكل وشرب فالأولياء أن يقسموا على أيهما وبقتصموا منه . ^(٢) وإن رماه أحدهما . من شاقق فقتله آخر بالسيف ففقد أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه قبل أن تصل الصخرة ، فيرى أحمد أن القصاص على الثاني لأن الرمي سبب والقتل مباشرة . فقطعت المباشرة حكم السبب ، ويرى الشافعي مثل هذا إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه . أو ألقى عليه صخرة يمكن أن يسلم منها ، أما أن كان عمل الأول لا تمكن السلامة فيه ، فالبعض يرى كليهما مسئولاً عن القتل لدخول المباشرة مع السبب ، ويرى البعض أن الثاني هو القاتل ، والرأي الأخير هو المتفق مع القانون لأنه يعتبر الأول شارعاً في قتل والثاني قاتلاً ما لم يكن بينهما اتفاق أو توافق على القتل فكلهما يعتبر قاتلاً ، وإن ألقاه في لجة لا يمكن الخلاص منها فالتقمة حوت فالرامي قاتل لأنه ألقاه في مهلكة يهلك بها دون واسطة يمكن إحالة الحكم عليه كما يرى البعض ، ويرى البعض أن الهلاك ليس سببه فعل الرامي فأما إن ألقاه في ماء يسير فأكله سبب والتقمة

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٠٤

(٢) الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٧٧

حوت أو تمساح فهو شبه عمد لأن الذي فعله لا يقتل غالباً^(١)
 وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف صاحب الجرح الذي أحدث الموت ، أو
 كانت أفعالهم مفردة لا دخل لها في الزهوق ولكنها أدت إليه مجتمعة ، فالحكم
 في ذلك هو ما سبق في القتل على الإجماع وقد بطراً على الفعل المباشر فعل
 مباشر آخر أقوى منه بحيث ينقطع بالفعل الثاني أثر الفعل الأول ، وحكم هذه
 الحالة تقديم الفعل الأقوى واعتبار صاحبه هو القاتل ، فلو جرح الأول رجلاً
 جرحاً مميتاً بقصد القتل فجاء صاحب الفعل الثاني وحز رقبة فانتقل هو الثاني ،
 أما لو ذبحه الأول فجاء الثاني وجسم المذبوح لا يزال ينتفض فقتله نصفين فالقاتل
 هو الأول ، أما الثاني فيعتبر معتدياً على حرمة ميت ويعزر ، وإن شق الأول
 بطنه ومزق أحشائه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثاني وقطع رقبة
 فالثاني قاتل والاول جرح ، أما إذا كان فعل الأول قد أخرج الجنى عليه من
 حكم الحياة فالأول هو القاتل على رأى ، والثاني هو القاتل على رأى آخر مادام
 الجنى عليه لم يسلم الروح فعلاً^(٢)
 ويرى البعض أنهم جميعاً مسئولون عن القتل عمداً . إذا تعذر معرفة صاحب
 الجرح المثنى^(٣).

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبة فالآخر هو القاتل أما
 الأول فجرح فقط ، لأن الإنسان يعيش بعد شق البطن ، ولأن حياة الجنى
 عليه كانت مستقرة وقت حز الرقبة ، هذا إذا كان الشق مما يحتمل معه أن
 يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم تبق إلا غمرات
 الموت فالشاق هو القاتل والحاز لا يعتبر جارحاً بل معتدياً على حرمة ميت ،

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٠ ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٨

(٢) راجع الفقرتين ١١ ، ١٢

(٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٠

وهناك رأى آخر مضاد لهذا رأى ، وقد بسطنا القول في هذه المسألة في الفقرتين الحادية عشرة والثانية عشرة .

٥٦ - اجتماع سببين فأكثر : إذا تسبب اثنان أو أكثر في إحداث أفعال قاتلة بإنسان « كأن حبسه واحد في منزل يقصد قتله جوعاً ، وأطلق الثانى صناير الغاز بقصد قتله خنقاً ، وأشعل الثالث النار في المنزل بقصد قتله حرقاً » فإن مسئولية الجفأة تترتب طبقاً للقواعد التى سبق أن بينها في حالة تعدد المباشرة ، سواء كانت الأفعال على الاجتماع أو التعاقب ، وسواء أكان هناك تمالؤ أم لم يكن ، ولا يغير من الحكم أن الفعل هناك مباشر وهنا تسبب ، لأن التسبب لا يقتل بذاته وإنما يقتل بواسطة فعل مباشر آخر ينسب للفاعل باعتباره متسبباً فيه ، فالمنسوب للمتسبب هو نفس الفعل الذى ينسب للمقاتل مباشرة ، ومن ثم لم يكن اختلاف الحكم .

٥٧ - اجتماع مباشرة وسبب : إذا اجتمع فعلان مباشر مع فعل متسبب ، فلا يخرج الأمر في تحديد مسئولية المباشر والمتسبب عن حالة من ثلاث .

أولاً : أن يغلب السبب المباشرة ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً ، وفي هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر . كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فهذه النتيجة مسلم بها في القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٩٥ عقوبات على أنه إذا ترتب على الشهادة المزورة الحكم بالإعدام ونفذ الحكم فعلاً ، عوقب شاهد الزور بعقوبة الإعدام .

فإن قتل الجلاد له ليس عدواناً . والجلاد هو المباشر للقتل ، أما المتسبب في القتل فشهود الزور ، وما دامت المباشرة ليست عدواناً ، فالمسئولية على المتسبب وحده .

ثانياً : أن تغلب المباشرة السبب : وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله كمن ألقى إنساناً في ماء بقصد إغراقه فخفقه آخر كان يسبح في الماء أو كمن ألقى إنساناً من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف أو أطلق عليه عياراً نارياً فقتله قبل وصوله إلى الأرض . فالمسئول عن القتل هو المباشر وليس المتسبب ، ولكن الأخير يعزر على فعله .

ثالثاً : أن يمتد السبب والمباشرة : بأن يتساوى أثرهما في الفعل ، وفي هذه الحالة يكون المتسبب المباشر مسئولين معاً عن القتل كحالة الإكراه على القتل ، فإن المكره وهو المتسبب هو الذي يحرك المباشر وهو المكره ويحمّله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئاً ولما حصل القتل ^(١) . وكذلك من يأمر ولده الصغير أو المعتوه بقتل آخر فيقتله طاعة لهذا الأمر فكلاهما يعتبر قاتلاً ولو أن للصغير أو المعتوه حكماً خاصاً من حيث العقوبة خلافاً لأبي حنيفة .

٥٨ - تسبب الجاني في فعل قاتل مباشر من الجني عليه :

ويعتبر الجاني مسئولاً عن القتل العمد عند مالك ^(٢) إذا تسبب في الفعل القاتل ، ولو كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجني عليه .

فلو أن إنساناً طلب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجاني وتلف الجني عليه في هربه . بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خرّ في مهواة أو سقط قتل أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار فعلى كل هذه الصور يعتبر الطالب قاتلاً عمداً ، ولو أن هرب الجني عليه هو الذي أنتج الموت مباشرة .

ويعتبر أحمد ^(٣) الطالب مسئولاً عن القتل شبه العمد في هذه الصور ، لأن

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعده - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١

(٣) الفتى ج ٩ ص ٥٧٧

الفعل الذى حدث من الجانى لا يقتل غالباً ، وفى مذهب الشافعى ^(١) رأيان يفرقان بين الجنى عليه المميز ، وغير المميز ، فإذا كان الجنى عليه غير مميز فالطالب يعتبر مسئولاً عن القتل شبه العمد ، وإذا كان مميزاً فهناك رأيان ، رأى يرى أنه لا مسئولية على الطالب لأن الجنى عليه هو الذى أهلك نفسه بفعله ، ورأى يرى مسئولية الطالب عن القتل شبه العمد ، لأن الجنى عليه لم يقصد إهلاك نفسه ، وإنما أجهأ الطالب إلى الحرب المفضى للهلاك . وقد اعتبر القتل شبه عمد لأن وسيلة القتل ليست مما يقتل غالباً ، فالشافعى وأحمد فى هذا يحافظان على قاعدتهما ، أما مالك فاعتبره عمداً لأنه كما مر لا يعرف القتل شبه العمد ، والفعل عنده إما عمداً أو خطأ ويمكن تفسير مسئولية الطالب مع أن الفعل المباشر من الجنى عليه بأن المباشرة لم تكن عدواناً فيتغلب الفعل المسبب .

أما أبو حنيفة فلا يرى مسئولية الطالب ، لأن الجنى عليه قتل بفعل نفسه . . .

ويتفق القانون المصرى والفرنسى مع ما يراه أبو حنيفة ، ويتفق القانون الألمانى والقانون الإنجليزى مع ما يراه باقى الأئمة .

٥٩ - القتل بفعل غير مادی : ويتفق الفقهاء الأربعة على جواز حصول القتل بوسيلة معنوية لا مادية ، كمن شهر سيفاً فى وجه إنسان فمات رعباً ، ومن تغفل إنساناً وصاح به قاصداً قتله فمات مذعوراً أو سقط لفزع من مرتفع ومات من سقطته ، ومن ألقي على إنسان حية فمات رعباً ، ومن دلى إنساناً من شاهق فمات من روعته — قبل أن يضربه بسيف أو يترك ليسقط على الأرض .

وعند مالك ^(٢) أن القتل فى هذه الاحوال عمد مادام الجانى قد تعمد الفعل

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

على وجه العدوان ولم يقصد منه اللعب أو المزاح ، فإن قصد اللعب أو المزاح
فاقتل خطأ .

ويرى أحمد ^(١) أن القتل في هذه الأحوال شبه عمد لأن الوسيلة لا تقتل
غالباً وكذلك يرى أبو حنيفة ^(٢) .

وفي مذهب الشافعي ^(٣) يفرقون بين من يميز وبين من لا يميز كالصبي والمعتوه
والجنون والنائم والموسوس والمصعوق والمذعور والضعيف ، ويرون أن القتل
شبه عمد في حالة من يميز وأنه قتل عمد في حالة من لا يميز لأن الوسيلة تقتل
غالباً في حالة من لا يميز . ولا تقتل غالباً في حالة المميز .

وليس في نص القانون المصري أو القانون الفرنسي ما يمنع أن تكون وسيلة
القتل فعلاً غير مادي . ولكن جمهور الشراح الفرنسيين ويتابعهم المصريون
يرون أن لا عقاب على القتل بهذه الطريقة ، وحجتهم أنه لا يمكن على وجه
التحقيق اعتبار العوامل النفسية التي تنشأ عن فعل الجاني سبباً لموت المجنى عليه ،
وهذا الرأي منتقد لأنه مع تقدم العلم يمكن أن يثبت على وجه التحقيق أن الموت
نشأ عن العوامل النفسية التي أحدثها فعل الجاني ، ولأن هناك صوراً تكون
حالة الجاني والمجنى عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفلت
الجاني من العقاب ، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية
الشرعية الإسلامية ، فالقانون الإنجليزي يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة
القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية .

٦٠ - تعذر الأسباب: ومن المتفق عليه بين الأئمة الأربعة ^(٤) أن الجاني يعتبر مسئولاً

(١) المغني ج ٩ ص ٥٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ وما بعده والمغني ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٨٠ ، =

(٤ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

عن القتل العمد إذا كان فعله سبب الموت، أو كان له على انفراده دخل فيه، ولو كان هناك أسباب أخرى اشتركت في إحداث الموت سواء كانت هذه الأسباب راجعة لفعل المجنى عليه أو تقصيره أو حالته أو لفعل غيره . متعمدة أو غير متعمدة ، وسواء كانت رئيسية أم ثانوية ، فإذا أحدث المجنى عليه بنفسه جراحاً وأساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية وساعد كل ذلك في إحداث الموت؛ أو كان له على انفراده دخل فيه ، فإن الجاني مع ذلك يظل مسئولاً عن القتل العمد ما دام فعله مهلكاً من شأنه إحداث الوفاة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسئولاً عن قتله عمداً إذا ضرب المجنى عليه ضرباً أو جرحه جرحاً لا يقتل الرجل الصحيح ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل الرجل المريض والضعيف والصغير ، وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجاني مسئول عن القتل ولو أن القتل نتيجة مباشرة لكل هذه الإصابات ويستوى أن تكون الإصابات التي بالمجنى عليه ناشئة عن فعله كما إذا جرح نفسه أو عن فعل غيره كإنسان ضربه أو حيوان نهشه .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات سببها فعل مباح كالدفاع الشرعي مثلاً فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً يقصد قتله فمات من جميع الإصابات فالجاني مسئول عن قتله عمداً ، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إلى القتل ناشئة عن فعل مباح .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات غير متعمدة ثم أحدث به الجاني إصابات متعمدة فمات منها جميعها فالجاني مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إليه ناشئة عن خطأ .

= ٣٨١ ، ٥٧٨ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ وشرح الدردير ج ٤ ص ٢١٩ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ ، ٣٠١ - وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ وحاشية ابن عطين ص ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٩٣ .

وإذا كانت بعض الإصابات أخش من بعض فإن الجاني الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد مادامت إصابته مهلكة بذاتها ولما دخل فى القتل على انفرادها كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى أحدثها كل جان فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله فالجاني الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

ويؤخذ من اعتبارهم الجاني قاتلاً عمداً فى حالة إهمال العلاج أو إساءته أو ضعف الجنى عليه ومرضه . . . الخ أنهم عرفوا نظرية تساوى الأسباب التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا حديثاً . فكل فعل اشترك فى إحداث الموت بحيث لم يكن الموت ليحدث لولا وقوع هذا الفعل يعتبر بذاته سبباً للموت ولو أنه لم يؤد للموت إلا لوجود أسباب أخرى لأن هذا السبب بالذات هو الذى جعل لهذه الأسباب الأخرى أثراً على الوفاة .

٦١ - انقطاع فعل الجاني :- ويسأل الجاني عن القتل العمد نتيجة لفعله ، مادام الفعل سبباً للقتل ، إلا إذا انقطع فعل الجاني بفعل آخر تغلب عليه وقضى على أثره . فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً يقصد قتله يعتبر قاتلاً عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل والأول جراح لا قاتل ، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضى على أثره ، كذلك تنتفى مسؤولية الجاني عن القتل إذا انقطع أثر فعله ، كأن يشفى جرحه قبل الموت أو إذا لم يكن لجرحه أثر على الموت .

٦٢ - نظرية السببية فى الشريعة :- ويمكننا أن نستخلص منها سبق أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسئولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التى يسأل عنها ، ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد فى إحداث الموت ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعلاً فى إحداثه .

ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجاني هو الذى سبب الموت وحده أم أن الموت نشأ عن فعل الجاني بالذات ، وعن أسباب أخرى تولدت عن هذا الفعل كتحرك مرض كامن لدى الجنى عليه كما يستوى أن يكون الموت نشأ عن فعل الجاني وحده أو عن هذا الفعل وعن أسباب أخرى لاعلاقة لها بفعل الجاني كالاغتداء الحاصل من شخص آخر .

ولا يعتبر فعل الجاني سبباً للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت الجنى عليه ، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجاني الأول ، أو إذا كان فى إمكان الجنى عليه أن يدفع أثر الفعل دون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجاني دخل فى امتناعه . والجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله ، أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل ، وسواء كان السبب قريباً أم بعيداً مادام الفعل سبباً للنتيجة .

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لا يسمحون بتوالى الأسباب إلى غير حد ؛ بل يقيدون هذا التوالى بالعرف ، لأن السبب عندهم هو ما يولد المباشرة توليداً عرفياً ، فما اعتبره العرف سبباً للقتل فهو سبب له ولو كان سبباً بعيداً وما لم يعتبره العرف سبباً للقتل فهو ليس سبباً له ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ولو أنهم اكتفوا فى تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر كما فعل شراح القانون الفرنسى لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلاً ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلاً .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن تحديد كفاية السبب لتحقيق النتيجة بالعرف ضمن للنظرية البقاء ما بقى للناس ، لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا ، لهم عرف

يطمئنون إليه ، وعقول لا تتراح إلا لما تراه عدلا . وهذه النظرية تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة في كل وقت وفي كل ظرف .

مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية

٦٣ - النظرية الفرنسية : - ونظرية فقهاء الشريعة في تحديد رابطة السببية وقد مضى عليها أكثر من ألف سنة تدل على أنهم كانوا أبعد نظراً وأدق تقديرًا للأمور من شراح القانون الوضعي في عصرنا الحاضر ، فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون إلا السبب المباشر ، أى السبب الذى أنتج الفعل المؤدى للقتل بشرط أن لا يطرأ عليه سبب آخر يؤدى بذاته إلى حدوث النتيجة المتوقعة أو يساعد على حدوثها ، فمثلا إذا ضرب شخص آخر ضربة مميتة ، وجاء ثالث قبل أن يموت فقطع رقبته ، فالثالث هو القاتل لأن السبب الثانى حال بين السبب الأول ونتيجته ، وقطع عمله ، ولأن السبب الثانى هو الذى أدى بذاته إلى القتل ، وفى هذا يتفق القانون الفرنسى مع الشريعة ، ولكن إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه فأهمل الجنى عليه العلاج ، أو أساء علاج نفسه أو كان مريضاً أو ضعيفاً فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين سببا مباشراً للقتل ، لأن هناك سببا أو أسبابا أخرى ساعدت على إحداث القتل ، وقد لا يحدث القتل لو لم تكن هذه الأسباب . وفى هذا تخالف الشريعة القانون الفرنسى لأنها تأخذ بأمرى المضاد .

٦٤ - نقر النظرية الفرنسية : ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط ، ولا يرون بأسا من اعتبار السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ، لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل إلا السبب المباشر ، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ فمن الظلم أن

لا يقبل في القتل العمد ، أما فيما يختص بحالة تعدد الأسباب ، فإن فعل الجاني هو السبب الفعال في الموت ، ولولاه لما كانت الأسباب الأخرى فعالة ، ففعل الجاني هو سبب الموت أولاً وأخيراً ، ومن العدل أن يسأل عن فعله ونتائج فعله .

٦٥ - النظرية الألمانية : أما الشراح الألمان فيسلمون بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويرون أن السبب هو كل شرط من شروط نتيجة الفعل المزهق للنفس ، لأنه هو الذى جعل الشروط الأخرى سلبية ، والفعل عندهم يعتبر قتلًا ولو كان غير كاف وحده لإحداث الوفاة ، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلتها ، ومن ثم فهم يعتبرون الضارب والجراح مسئولاً عن القتل ولو كان الضرب والجرح في ذاته مهلكاً لولا ضعف المجنى عليه أو إهماله العلاج .

٦٦ - النظرية الإنجليزية : كذلك يأخذ الإنجليز بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويعتبرون الجاني قاتلاً ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله ، بل أدت إليه أو ساعدت عليه عوامل أخرى ، فإذا اعتدى شخص على آخر اعتداء شديداً ، حمل للمعتدى عليه أن يلقى بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الاعتداء ، فإن المعتدى يعتبر قاتلاً إذا مات المعتدى عليه من إلقاء نفسه ، كذلك يعتبر الجراح قاتلاً ولو تبين أن المجنى عليه أساء علاج نفسه ، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدي إلى شفائه

٦٧ - عب النظرية الألمانية والإنجليزية : ونظرية الألمان تتفق مع النظرية الإنجليزية وهما أوسع مدى من النظرية الفرنسية ويرى الكثير من الشراح أن النظرية الألمانية الإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية ، لأن الأولى تفتح الباب واسعاً أمام القاضى ليقدر مسؤولية من تسبب في قتل غيره بطريقة غير مباشرة ، ولا تسمح بإفلات قاتل من العقاب لأنه استطاع أن يصل إلى غرضه بطريق غير مباشر .

ولكن النظرية الألمانية الإنجليزية بالرغم من ذلك معيبة ، وعيبتها أنها تسلم بتوالى الأسباب غير المباشرة إلى غير حد يقف عنده هذا التوالى ، وقد أدى بها هذا العيب إلى أن تخلق حلولاً لا يستسيغها العقل ولا تتفق مع العرف ، فمثلاً يرى بعض الآخذين بهذه النظرية على إطلاقها أنه يعتبر متسبباً فى القتل من جرح غيره جرحاً غير مميت إذا استلزمت حالة الجرح نقله للمستشفى فاحترق للمستشفى بمن فيه إذ لولا الجرح لما احترق الجنى عليه .

٦٨ - والرأى المعتدل الذى حاول به أصحابه أن يصلحوا هذا العيب ، يقوم على أساس أن يكون السبب كافياً لتحقيق النتيجة ، فإن كان كافياً فالجاني قاتل ، وإن لم يكن كافياً فهو غير قاتل ، فمثلاً إذا ضرب الجاني سفاناً قاصداً فأحدث به إصابات أعجزته عن إدارة حركة السفينة ، ثم غرقت به السفينة بعد ذلك بسبب اشتداد الأنواء دون أن يكون لعجز الجنى عليه أثر على غرقه ، فإن الجاني لا يعتبر مسؤولاً عن غرق الجنى عليه ، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز الجنى عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجاني مسؤولاً عن الغرق ، لأن عجز الجنى عليه من الضرب كاف لتحقيق هذه النتيجة .

٦٩ - وتقيد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف لأن مقياس الكفاية ليس مادياً . وإنما هو معنوى يرجع إلى ما تعارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم ، وإذا كان العرف هو المقياس الذى تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة فى الشريعة الإسلامية ، فمعنى ذلك أن نظرية السببية فى القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية من ألف سنة وأكثر وأحكام الحاكَم المصرية تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يختص بتحديد رابطة السببية واعتبار السبب غير المباشر وتعدد أسباب الوفاة ، وليس منشأ هذا الاتفاق أن الحاكَم المصرية ترجع للفقهاء الإسلامى وإنما منشأه أن الحاكَم المصرية تفضل فى هذه المواضع النظرية الألمانية الإنجليزية

على النظرية الفرنسية، والنظرية المفضلة تتفق مع الشريعة الإسلامية، فمثلاً حكمت محكمة النقض المصرية في قضية ضرب أفضى إلى موت بأنه: « متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجنى عليه، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر فهو مسئول جنائياً عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله، مأخوذاً في ذلك بقصده الاحتمالى. لأنه كان من واجبه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول^(١) ».

وأصدرت محكمة جنايات أسيوط حكماً في قضية قتل. أشارت فيه إلى الخلاف بين الشراح الفرنسيين من جهة، وبين الألمان والإنجليز من جهة أخرى فيما يتعلق بالسبب وتحديد معنى السببية وقالت إنها تأخذ بنظرية الألمان والإنجليز لأنها أقرب إلى العدل وتفسح الطريق لمعاقبة من يتسبب في قتل آخر بطريق غير مباشر متى كانت ظروف القتل تدل على أنه قصد ذلك^(٢).

وحكمت محكمة النقض في قضية قتل بأن إذا طعن المتهم المجنى عليه بسكين متعمداً قتله، فأحدث به جرحاً في تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة. يكون مرتكباً لجناية القتل عمداً وإن تسكن الوفاة قد حصلت بعد علاج ثمانية وخمسين يوماً بالمستشفى، إذ من المبادئ المقررة أن الفاعل مسئول عن جميع نتائج فعله الغير قانونى التى كان يمكنه أو كان واجباً عليه أن يفترضها، وهذه المسئولية ليست متوقفة على إثبات أن المجنى عليه قد عولج أحسن علاج طبقياً للعلوم الحديثة^(٣).

(١) قضا ٢١ مارس ١٩٣٨ القضية رقم ٩٩٦ سنة ٨

(٢) محكمة جنايات أسيوط في ٢٨ مارس سنة ٩٢٧ المجموعة الرسمية سنة ٩٢٨

العدد ٦٢

(٣) قضا ٢٢ / ١١ / ٩١٣ شرائع ١ ص ٨٦.

٧٠- القتل الترك :وكما يجوز في الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادی أو معنوی أى بفعل إيجابی ، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب ، أى بغير فعل إيجابی بصدور عن الجاني بحيث يمتنع الجاني عن عمل معين فيؤدى امتناعه إلى قتل المجنى عليه ، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالى الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك ^(١) والشافعى ^(٢) وأحمد ^(٣) أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلاً لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد في الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومهداً يريان الفعل قتلاً عمداً ، لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء . فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون إهلاكاً له ^(٤) ولكنه قتل بالنسب ولا يقتص في القتل بالنسب عندهما وعند أبي حنيفة .

والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ولو أنها لم تأت بعمل إيجابی ^(٥) .

ومن منع فضل مائه مسافراً عالمًا بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه اعتبر قاتلاً عمداً له وإن لم يك قتله بيده ^(٦) وهو رأى في مذهب مالك . ويرى البعض أنه قتل شبه عمد وهو رأى في مذهب أحمد ^(٧)

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سرة الوليد وامتنعت عن ربط

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٩

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٢٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٦) واهب الجليل للعطاب ج ٦ ص ٢٤٠

(٧) المغنى ج ٩ ص ٥٨١

الحبل البشري فمات بعد القطع بقليل فهي قاتلة له عمداً ، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرثن الربط ، لأن المهلك ترك الربط فالحلاك ينسب إليهن كلهن ^(١) .

٧١ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسؤولاً عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وأنه يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع ومع ذلك فهناك خلاف على ما يوجب الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة ، فثلا يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كاه أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه ^(٢) ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته ^(٣) وأساس الاختلاف هل الإيجاد واجب أو غير واجب ؟

٧٢ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار فيه أغلب شراح القوانين الوضعية أخيراً ، أما قبل ذلك فقد كانت المسألة محل خلاف شديد بين شراح القوانين . فكان بعضهم يرى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك ، لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكان البعض يرى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الأغلبية أخيراً إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة واسكنهم لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ، ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك ، حبس

(١) الفتاوى الكبرى ص ٢٢٠ وما بعدها

(٢) الاتفاق ج ٤ ص ٢٠٥

(٣) المفتي ج ٩ ص ٥٨١

شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسئولية فيها . الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار أو أقدم سبع على افتراسه ، والأمثلة في الوجهين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الانفاق ، يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة أو العرف لأن تعارف الناس على وجوب أمر يساوى الاتفاق على وجوبه^(١) فكأن القوانين الوضعية التي تعاقب على القتل بالترك تسير في إثر الشريعة الإسلامية وإذا كانت الأغلبية في فرنسا ترى العقاب على القتل بالترك فإن الأقلية وعلى رأسها « جارسون » ترى أن نصوص القانون الفرنسى وهى تماثل نصوص القانون المصرى لا تنسج للعقاب على القتل بالترك . وأنه إذا كان لابد من العقاب على هذه الجرائم ، فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها أما في إنجلترا والقانون الانجليزي لا يفرق بين ما إذا كانت الجريمة ارتكبت بفعل أو ترك ، ويعاقب على الحالين ، فمن كان متكفلاً بطفل ومنع عنه الطعام حتى مات جوعاً . يعاقب بعقوبة القتل العمد .

وفي إيطاليا نص في قانون العقوبات الإيطالى الصادر في ١٩٣٠/١٠/١٩ على أنه إذا لم يمنع الإنسان حادثاً هو ملزم قانوناً بمنعه فإن عدم منعه هذا الحادث يساوى إحداثه ، أى أن القانون الإيطالى يعاقب على القتل بالترك . إذا كان العمل مما يوجبه القانون .

وفي مصر تعاقب المحاكم المصرية على القتل بالترك ، فقد حكمت محكمة النقض في قضية تلخص وقائعها في أن المتهم لعداء بينه وبين والد الجنى عليهما

(١) توجب الشريعة الوفاء بالمعقود والاتفاقات فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب طبقاً للشريعة الإسلامية ما لم يكن مخالفاً لنصوص الشريعة

خطف طفليه ووضعهما في زراعة قصب بعد أن أحدث بهما إصابات أعجزتهما عن الحركة ثم تركهما يموتان جوعاً ، وقد مات أحدهما فصلاً وأسف الآخر بعد العثور عليه ، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الناشئة من الكسور والرضوض التي به مع ضعف الحيوية الناشئ عن عدم التغذية ، وقد قالت المحكمة في معرض بيان نية القتل : « أنه لانزاع في أن تعجز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً ، وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلاً عمداً حتى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال » (١)

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في تقرير عقوبة القتل بالترك ، بأكثر من ألف سنة ، وأن القواعد التي وضعتها لهذه الحالة هي نفس القواعد التي أخذت بها القوانين أخيراً .

٧٣ - عصمة القتال : ويشترط في الفعل القاتل أن يكون صادراً من معصوم حتى يمكن اعتباره مسئولاً عن الجريمة . فإن كان غير معصوم فإنه لا يسأل عن الفعل إذ يباح لغير المعصوم .

ومعنى العصمة بالنسبة للقاتل يختلف عنه بالنسبة للمقتول ، فالعصمة بالنسبة للمقتول هي أن لا يكون مهدر الدم سواء كان ملتزماً أحكام الإسلام كالمرتد أو الزاني المحصن أم غير ملتزم لها كالخربي — أما العصمة بالنسبة للقاتل فهي التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو محقونه ، فيعتبر المرتد والزاني المحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهذرة لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام وهو يحرم القتل كما يحرم غيره من الجرائم التي يؤدي ارتكابها إلى إهدار الدم ، فإذا أهدر شخص دم نفسه بارتكاب جريمة فلايس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أى جريمة أخرى بحجة أنه أصبح مهدر الدم .

وإذا كانت العصمة بالنسبة للقاتل، هي التزام أحكام الإسلام فإن كل قاتل معصوم إلا الحربى^(١) فإنه لا يعتبر معصوما حال حرابته ومن ثم فهو غير مسئول عن الجرائم التي يرتكبها ولو أسلم بعد ارتكابها لما تواتر من فعل الرسول والصحابة من عدم عقابهم من أسلم على ما فعله في حال حرابته، كما أنه لا يسأل عن جرائمه السابقة ولو عقدت له ذمة أو أمان لقوله تعالى: ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف ﴾ [الأنفال : ٣٨] .

واعتبار الحربى غير معصوم وعدم عقابه عن أى جريمة يرتكبها هو عين العدالة ، لأن حالة الحرب القائمة بين دولته والدولة الإسلامية تقتضى أن يكون دم الحربى وماله هدراً ومباحاً للمسلم ، وأن يجعل مال المسلم ودمه هدراً ومباحاً للحربى . فالشريعة لا تميز المسلم عن الحربى وتبيح في حالة الحرب لأحدهما ما تبيحه للآخر .

وتعتبر الجزية والأمان والهدنة التزاماً بأحكام الإسلام ولو من بعض الوجوه فإذا دخل الحربى تحت عقد من هذه العقود اعتبر معصوما وعوقب على كل جريمة يرتكبها بعد العقد .

٧٤ - كل ما سبق محله أن يكون من شأن فعل الجانى إحداث الوفاة وأن يحدثها فعلاً فإن لم يكن من شأن الفعل إحداث الوفاة أصلاً كمن حاول قتل آخر بسلح نارى غير معمر فإنه يمكن القول بأن الفقهاء لا يرون العقاب على ذلك الفعل بدليل أنهم لم يتعرضوا له أصلاً في باب القتل والجرح ، وفي هذا يتفق فقهاء الشريعة على الأقل مع من يقولون من شراح القوانين الوضعية بنظرية الجريمة المستحيلة وتعليل عدم العقاب في القانون هو أن جريمة القتل لم تقع ولا عقاب

(١) راجع الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٠ - ومواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ونهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٥٠ - بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٥٢ وشرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٤٩ - والنفى الجزء العاشر من ٤٣٦ إلى ٤٣٩ ، ٤٨ ، ٤٨٣ .

على جريمة لم تقع ، وأن جريمة الشروع في القتل لا يكفي لوقوعها أن يقصد الجاني القتل . بل يجب أن تكون الوسيلة التي استخدمت من شأنها إحداث القتل ، ومادامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلا فلا تقع جريمة الشروع ولا عقاب على جريمة لم تقع ، أو أن الجريمة التامة وهي القتل يستحيل تنفيذها ، والشروع هو البدء في التنفيذ ، فالجريمة التي يستحيل تنفيذها ، يستحيل بدء تنفيذها ، هذا هو التعليل القانوني لعدم العقاب . وليس في مبادئ الشريعة ما يمنع قبول مثل هذا التعليل .

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئا في باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعا ، لأن مبادئ الشريعة في الواقع لا تمنع من العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة إذا رأت السلطة التشريعية ذلك مادام الفعل في ذاته اعتداء ، والتفسير الصحيح لسكوت الفقهاء ، هو أنهم في باب القتل يتكلمون عن جريمة القتل والجرح المعاقب عليها بالقصاص والدية إذا ارتكبت فعلا ، فإذا حاول الجاني ارتكابها واخفقت وسائله في الوصول إلى النتيجة المنشودة فمقوبته التعزير ، وتقدير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية ، تحدده كما تشاء وعما تشاء فضلا عن أنهم في باب التعزير نصوا أن التعزير جائز في كل معصية ليس لها حد مقدر ، والشروع في الجريمة المستحيلة معصية لم يرد فيها حد مقدر .

٧٥ - وإذا كان من شأن الفعل أن يحدث الوفاة ولكنه لم يحدثها فعلا فيما أن يكون ذلك راجعا لأن الجاني لم يصب الجنى عليه ، أو لأنه أصابه وشفى من أصابته فإذا كان الجاني حاول إصابة الجنى عليه وأخفق في إصابته كأن أطلق عليه مقدوفا ناريا أو رماه بسهم لم يصبه ، أو ضربه بسيف فحاده عنه . فذلك هو ما يسمى بالشروع الخائب في القوانين الوضعية ، وعقوبته في الشريعة الإسلامية التعزير أى العقوبة التي تقدرها السلطات التشريعية لأن الفقهاء يرون التعزير في الشتم وفي الموائبة . ومعنى الموائبة : محاولة الاعتداء البسيط ، فن باب أولى أن يعزر من حاول الاعتداء الجسيم .

وإذا كان فقهاء الشريعة لم يضعوا نظرية منظمة عن الشروع في الجرائم كما فعل شراح القوانين، فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الجريمة التامة والشروع فيها، إذ الواقع أنها فرقت بين الجريمة التامة والشروع من وقت نزولها حيث جعلت التعزير في نوعين من الجرائم لجعلته أولاً في كل جريمة لم يشرع فيها حد. وجعلته ثانياً في كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة، فيبقى مادون التام لعقوبة التعزير.

فمثلاً جريمة الزنا من جرائم الحدود، وحدها الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن وهي لا تتم إلا بالوطء، ومعناه دخول الحشفة أو قدرها في الفرج فإذا لم تتم الجريمة على هذا الوجه فلا رجم ولا جلد وكانت العقوبة التعزير فيما دون الوطء أى فيما دون تمام الجريمة، وجريمة السرقة حدّها القطع وهي لا تتم إلا بإخراج المال من حرزه، فإذا ضبط المتهم قبل إخراج المال من الحرز عزر ولم يقطع لأن القطع لا يكون إلا بتام الجريمة وهي لم تتم. وكذلك جريمة القتل حدّها القصاص. ولا تتم إلا بفعل من الجاني يقع على المجنى عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة، فإذا بدأ المتهم جريمته وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير.

أما إذا أصيب المجنى عليه وشفى من إصابته فالفعل لا يعتبر في الشريعة جريمة لم تتم أو بتعبير آخر شروعا في قتل وإنما يعتبر جرماً، لأن فعل الجاني كونه جريمة تامة مستقلة هي جريمة الجرح. ولهذه الجريمة عقوبة خاصة في حالة العمد هي القصاص كما أمكن ذلك أو الدية، فليس إذن ثمة ما يدعو لاعتبار الفعل جريمة لم تتم وتعزير الجاني عليه.

وقد أخذ القانون المصري كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة في جرائم الضرب فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة، أو لم يؤد لوفاته المجنى عليه، فلا يعتبر الجاني شارباً في إحداث عاهة أو ضرب مفض لموت، وإنما يعتبر ضارباً أو جارحاً لأن القانون يعتبر الضرب والجرح جريمة مستقلة أدنى مرتبة من إحداث العاهة والضرب المفضي للموت.

ولكن كلا من القانون المصرى والفرنسى يختلف مع الشريعة فى حالة القتل العمد إذ يعتبر الجريمة التى لم تتم شروعاً فى قتل ولا يعتبرها جرحاً . فكأن هذين القانونين يؤاخذان الفاعل على فعله بحسب قصده من هذا الفعل أما الشريعة فتؤاخذ على فعله طبقاً لنتيجة فعله، وليس لهذا الخلاف أهمية لأنه فى تصوير الفعل القانونى والمهم أن كل تشريع يعاقب على الفعل بالعقوبة التى يراها مناسبة له .

٧٦- تطبيقات على الأفعال القاتلة: رأينا أن نورد أنواعاً مختلفة من الأفعال

القاتلة ونبين آراء الفقهاء فيها تطبيقاً للقواعد التى سبق عرضها فإن ذلك أحرى أن يثبت هذه القواعد فى ذهن القارئ، ويساعد على فهم أسس الخلاف بين الآراء المختلفة

٧٧- القتل بالمحرور : والمحدد هو كل آلة محددة جارحة أو طاعنة لها مؤثر

فى البدن . أى تفرق أجزاء الجسم ، ولا يشترط أن يكون المحدد من مادة معينة ، فيصح أن يكون من الحديد أو النحاس أو الرصاص أو الذهب أو الفضة أو الزجاج أو الخشب أو القصب أو العظم أو غير ذلك ، ومثل المحدد السكين والرمح والبندقية والمسلة والسهم والقنبلة والسيف ، وحكم المحدد أن الجانى إذا أحدث به جرحاً كبيراً فأدى إلى الموت فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين الفقهاء .

فإذا جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام أو غرزه بإبرة أو شوكة أو ما أشبه ، فإن كان ذلك فى مقتل كالعين والقلب والخاصرة . فهو قتل عمد إذا مات فيه باتفاق أيضاً وكذلك الحكم لو بالغ فى إدخال الإبرة أو الشوكة فى الجسم ولو كانت فى غير مقتل كالعمد .

أما إذا جرحه جرحاً صغيراً فى غير مقتل أو غرزه بإبرة أو شوكة فى غير مقتل فبقي خفياً - أى سقيماً - حتى مات أو مات فى الحال فى المسألة رأيان عند الشافعى وأحمد : - أولهما : أن القتل ليس عمداً بل هو شبه عمد ، لأن الإبرة والشوكة والجرح لا تقتل غالباً ، ووسيلة القتل يجب أن تكون قاتلة غالباً - ثانيهما : أن القتل عمد لأنه بمحدد . والمحدد لا تشترط فيه غلبة ظن

في حصول القتل ، بعكس غير المحدد فلا بد أن يكون قاتلاً - غالباً ^(١) .
وفي مذهب أبي حنيفة ^(٢) يرون القتل في حالة الإبرة والشوكة شبه عمد ،
لأن الآلة ، وإن كانت جارحة إلا أنها لم تعد للقتل . فالإبرة مثلاً معدة للخياطة
ولا يقصد بها القتل عادة .

أما الجرح البسيط في غير مقتل فهو قتل عمد إذا أدى للموت وكان من آلة
قاتلة معدة للقتل

ويرى مالك أن الجرح والفرز قتل عمد سواء كان في مقتل أو في غير مقتل ،
مادم الفاعل متعمداً ولم يأت بالفعل على وجه اللعب أو التأديب ^(٣) .

وهكذا يتمسك كل بالشروط التي وضعها للآلة القاتلة . فالشافعيون ،
والحنابلة يشترطون أن تقتل غالباً بالرغم من أنها محددا ، وإن كان بعضهم
لا يرون هذا الشرط في الآلة إذا كانت محددا ، والأحناف يشترطون أن تكون
الآلة قاتلة ومعدة للقتل ، أما مالك فلا يشترط شيئاً إلا أن يكون الفعل متعمداً
على وجه العدوان

٧٨ - القتل بمقتل : والمقتل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر . وآراء
الفقهاء مختلفة في المقتل .

فمالك يرى كل قتل بالمقتل هو قتل عمد ، سواء كان المقتل يقتل غالباً أو
لا يقتل غالباً ، مادام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب
ويرى الشافعي وأحمد أن الضرب بمقتل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى للموت
كالعصا الغليظة والحجر وعمود الحديد . ويلحق بالمقتل ما يعمل عمله كإلقاء حائط
أو سقف والإلقاء من شاطئ ، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب
بمقتل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكزة يد في مقتل أو في حال ضعف

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ . المنقذ والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١ . والإقناع
ج ٤ ص ١٦٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ - ٢٨٩ .

(٣) شرح الدردير الكبير ج ٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

المضروب لمرض أو صفر أو حر مفرط أو برد شديد ، ولو ضربه ضربة واحدة . وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً ولو لم يكن الضرب في مقتل ، ولو لم يكن للضروب ضعيفاً أو صغيراً . . . الخ ، وذلك في حالة تكرار الضرب ؛ لأن تكرار الضرب وموالاته يقتل غالباً . وهذا كله قائم على أساس القاعدة التي أخذ بها الشافعي وأحمد ، وهي اشتراط أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً بذاتها أو لظروف الفعل ووقته وحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه .

أما أبو حنيفة فيرى القتل بالثقل قتلًا شبه عمد أيًا كان الثقل ثقيلاً أو خفيفاً لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل ، والثقل إذا قتل غالباً فإنه لا يعد للقتل ، ولا يستثنى أبو حنيفة من هذا إلا الحديد في رواية ويلحق بالحديد سما هو في معناه ، أي ما يستعمل استعماله كالنحاس والصفر ، فهذه إذا استعملت في القتل كان القيل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة أي ولو كانت مثقالاً كالعمود واللكمة والمطرقة والعصا لللبسة بالحديد . وقد استثنى أبو حنيفة الحديد لأنه يعمل عمل السلاح ، أو لأنه يعتبر سلاحاً بنفسه لقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ فألحقه بالسلاح في الحكم ، وجعل حكمه حكم المحدد . وألحق ما في معنى الحديد بالحديد في الحكم .

ويشترط البعض في الحديد أن يترك جرحاً ليكون القتل عمداً . ولكن البعض الآخر يسوى في الحكم بين الجراح والرضوض ويعتبر الفعل عمداً في الحالين ^(١) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن القتل بالثقل قتل عمد إذا كان للثقل يقتل غالباً واعتبر الثقل آلة معدة للقتل باستعماله في القتل ، فتوفر للثقل شرطاً أبي حنيفة ، وهو أن يكون قاتلاً غالباً . وأن يكون معداً للقتل ، فإذا لم يكن للثقل قاتلاً

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها - الفقى والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١

وما بعدها

(٢) الزيلعي ج ١ ص ٩٨

غالباً . فالقتل شبه عمد ولو توالى الضرب ^(١) .

وحجة أبي حنيفة في المثل في القتل عليه الصلاة والسلام « ألا إن في قتل عمد الخطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وقد أخذ أبو حنيفة الحديث على إطلاقه وقال : أن الرسول سمي هذا النوع من القتل عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص . فهو إذن ليس بعمد وإنما شبه عمد ، ولما كان السوط والعصا والحجر أدوات غير جارحة وكل منها مثقل ، فكل مثقل له حكمها . أي أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذي لاحد له ، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ﴾ ولأن القتل بعمد الحديد معتاد ، أما بقية الأئمة فقد فسروا الحديث على أن المقصود به المثل الصغير كالعصا الرفيعة والسوط والحجر الصغير وهذا أساس الاختلاف بين الأئمة في حكم المثل .

٧٩ - **اللقاء في مهلكة** : كأن يجمع بينه وبين أسد في زبية أو ينهشه كلب أو سبع أو حية أو يلسعه عقرب .

يرى أحد أن الجاني إذا جمع بين الجنى عليه وبين أسد أو نحوه في مكان ضيق ، فقتله الأسد فهو عمد إذا فعل به السبع فعلاً يقتل مثله ، وإن فعل به السبع فعلاً أو فعله الآدمي لم يكن عمداً فالفعل ليس قتلاً عمداً ، لأن السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله وإن ألقاه مكتوفاً بين يدي أسد أو نمر فقتله فهو عمد ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فهو عمد وكذلك لو لسهه عقرب من القواثل .

وإن ألقاه في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فهو عمد إن كان الفعل يقتل غالباً وإلا فهو شبه عمد .

وإن نهشته حية أو سبع فقتله فهو عمد ، فإن كان مما لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير فقيه زايان :

أحدهما : أنه عمد لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل ، ولأن الثعبان والسبع من جنس ما يقتل غالباً .

وثانيهما : هو شبه عمد لأن الفعل لا يقتل غالباً .

وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد .

وفي مذهب أحمد من يرى عدم مسؤولية الجاني في حالة الجمع بين الجنى عليه وأسد أو حية لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي ، ولأن الفعل سبب غير مائج^(١) .

أما في مذهب الشافعي فيفرقون بين الصبي والبالغ ، ويرون أنه إذا وضع جان صبيّاً في مسبعة ولو زبية أسد غاب عنها فأكله السبع فلا مسؤولية على الجاني لأن الوضع ليس بإهلاك ، ولم يلجأ السبع إلى افتراسه .

أما إذا ألقى الصبي على السبع وهو في زيتته ، أو ألقى السبع عليه ، أو أغرى السبع به فهو قتل شبه عمد ، لأن السبع ثبت في المضيق وينفر بطبيعته من الآدمي في التوسع . ما لم يكن السبع ضارياً يقتل غالباً فهو عمد .

وفي المذهب رأى بمسؤولية الجاني كلما عجز الجنى عليه أن ينتقل من الحل للمهلك ، فإن عجز فالقتل شبه عمد إلا إذا كان السبع ضارياً لا يتأتى الهرب منه فهو عمد . فإن كان الجنى عليه يمكنه الانتقال من الحل للمهلك فلم ينتقل أو وضع بغير مسبعة فاتفق أن سبماً أكله أو كان الجنى عليه بالغاً فالفعل هدر لأمسؤولية عنه^(٢) وفي مذهب أبي حنيفة أن لاشيء على الجاني في كل هذه الصور في أي حالة ، ولو قتله السبع أو نهشته الحية أو لسعته العقرب^(٣) .

أما مالك فالفعل عنده في كل حال قتل عمد . سواء كان الفعل يقتل غالباً أم لا مادام القصد منه العدوان المحض^(٤) .

(١) المفتي والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ وراجع ص ٢٤٨ أيضاً .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ .

وأساس الخلاف بين القائلين بالمسئولية ومن لا يقول بها هو اختلاف وجهة النظر في طبيعة الحيوان وقدرة الجنى عليه على التخلص ، فمن رأى أن الحيوانات تنفر من الإنسان وتهرب منه وأن الجنى عليه يستطيع أن يتجنب الحيوان . وأن وجود الإنسان ولو مكتوفاً أمام الحيوان ليس فيه ما يلجئ الحيوان لافتراسه أو نهشه أو لسعه من رأى هذا فقد بنى على رأيه عدم المسئولية كما فعل أبو حنيفة ، ومن رأى أن الصغير لا يستطيع أن ينجى نفسه كما يفعل الكبير ، أو أن الحيوان لا ينفر منه كما ينفر من الكبير ، فقد رأى المسئولية في حالة الصغير دون الكبير ، ومن رأى أن الهلاك مصدره عجز الجنى عليه عن الابتعاد عن المحل المهلك ، فقد جعل المسئولية في حالة العجز كما فعل بعض الشافعية ، ومن لم ير هذا ولا ذاك . فقد حمل الجانى المسئولية إذا كان الفعل يقتل غالباً على اعتبار أنه قتل عمد ، فإن لم يكن يقتل غالباً فهو شبه عمد كما يفعل أحمد ، أما مالك فقد اعتبر الفعل مهلكاً ولم ينظر إلى غير هذا من الاعتبارات ، فإذا انتهى بالهلاك فالفعل قتل عمد .

٨٠ - التعريض والتحريض : يتميز مذهب الشافعى وأحمد في هذه المسألة

ومن رأيهما أن الجانى إذا ألقي الجنى عليه في ماء أو نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار . أو لأنه مكتوف يعجز عن الخروج منها أو لأن الجانى منعه من الخروج أو لكونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها أو في بئر عميقة ، فإذا أدى الفعل إلى موت الجنى عليه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً .

وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه مختاراً حتى مات فلا مسئولية على الفاعل لأن الفعل لم يقتله . وإنما قتله لبثه في الماء وهو فعل نفسه فلا يسأل عنه غيره .

وإن ألقاه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو ألقاه في طرف منها بحيث يمكنه الخروج منها بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا خلاف في أن الفعل لا يعتبر قتلاً عمداً . لأنه لا يقتل غالباً ، ولكنهم اختلفوا في تحديد المسئولية على الجانى ،

فرأى البعض أنه لا يسأل عن القتل قياساً على حالة الإلقاء في ماء يسير وإنما يسأل فقط عما أصابت النار منه باعتباره جارحاً . ويرى البعض أن الجاني مسؤول عن القتل شبه العمد لأن فعله أدى إلى الموت ، ولأن للنار حرارة شديدة فربما أعجزته عن معرفة طريق الخلاص ، أو شنجت أعصابه فيعجز عن الخروج منها وإن ألقاه في لجة فالتقمه حوت ففي هذه المسألة رأيان :

أولهما : يقول إنه قاتل لأنه ألقاه في مهلكة فهلك فأشبهه مالهو غرق في الماء .
والثاني : أن الهلاك كان نتيجة التقام الحوت له فأشبهه مالهو قتله آدمي آخر حين ألقى في الماء . فلا يسأل إلا عن إلقائه في الماء فقط وهو فعل عقوبته التعزير .
وإن ألقاه في ماء يسير لايهلك غالباً فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمسح فهو شبه عمد عند أصحاب الرأي الأول وعليه التعزير عند أصحاب الرأي الثاني .
وإن هلك غرقاً فهو شبه عمد باتفاق^(١) .

وإن كان الجنى عليه يحسن السباحة فألقى في ماء مفرق وهو مكتوف أو زمن أو ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات ، وإن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبهه عمد ، وإن كان العارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً .

وإن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لامتسولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة . ويرى البعض أن الفعل قتل شبه عمد لأن الإنسان لا يسلم نفسه للموت عادة ، وقد يمتنع عن السباحة دهشة أو عارض باطن ، ولما كان الفعل لايهلك غالباً مادام يحسن السباحة فهو قتل شبه عمد^(٢) .

ويفرق أبو حنيفة وأصحابه بين التحريق والتفريق . لأنهم يلحقون التحريق

(١) المفتي ج ٩ ص ٣٢٦ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

بالسلاح إذ يعمل عمله فيفرق أجزاء الجسم ، ومن ثم فالنار عندهم معدة للقتل فإن كانت تقتل غالباً فالفعل عمد وإن كانت لا تهلك غالباً فالفعل شبه عمد ، ويلحقون بالنار الماء المغلي والأشياء المصهورة والوضع في فرن محمى ، وعلى هذا الأساس يتفق رأى أبى حنيفة وأصحابه في التحريق مع رأى الشافعى وأحمد .

أما التفريق فهو شبه عمد دائماً عند أبى حنيفة لأنه يلحقه بالمتقل ، وهو إن قتل غالباً ليس معداً للقتل ، ولكن أبى يوسف ومحمد إريان أنه ممد للقتل إذا استعمل وسيلة له ، وعلى هذا فإذا كان الماء قليلاً لا يقتل غالباً وترجى منه النجاة في الغالب وألقى فيه إنسان فمت فالفعل شبه عمد لا خلاف فيه في مذهب أبى حنيفة ، وإن كان الماء عظيماً ولكن المجنى عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا مثقلاً فمت منها فهو شبه عمد عندهم أيضاً ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة أولاً يحسن السباحة فهو شبه عمد عند أبى حنيفة لما تقدم وعمد عند أبى يوسف ومحمد ، وإن ألقاه في بئر فالفعل شبه عمد عند أبى حنيفة وعمد عندهما إن كان موضعاً لا ترجى منه النجاة غالباً فإن كانت ترجى فهو شبه عمد^(١) .

أما مالك فالتحريق والتفريق عنده قتل عمد دائماً سواء كان الفعل مهلكاً غالباً أم لا ما دام الفعل قد أدى للموت ولم يكن على وجه اللعب^(٢) .
وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم في شروط آلة القتل أو وسيلته ، وقد سبق أن شرحنا هذا للوضوح في فقرة ٣٢ وما بعدها .

٨١ - **الخنق** : المقصود من الخنق منع خروج النَّفْس بأي وسيلة سواء شقق الجاني المجنى عليه بحبل أو خنقه بيديه أو بحبل أو غمه بوسادة أو بأى شيء وضعه على فيه وأنفه ، فإن فعل به ذلك في مدة يموت في مثلها فهو قتل عمد ، وإن كانت مدة لا يموت في مثلها فهو قتل شبه عمد .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

وإن خفقه وتركه متألماً حتى مات فهو عمد ، أما إن تنفس وصح بعد ذلك ثم مات فلا يسأل الجاني عن الموت لأنه لم يكن من الخنق .
ويلحقون بالخنق عصر الخصيتين . وحكمه حكم الخنق تماماً . فإن كان العصر شديداً بحيث يقتل غالباً فهو قتل عمد ، وإن كان بحيث لا يقتل غالباً فهو شبه عمد .

هذا هو رأى الشافعى وأحمد فى الخنق^(١) ، وظاهر أنهما يطبقان فى الخنق قاعدتهما التى وضعها فى الوسيلة القاتلة أو أداة القتل ، فإن كانت تقتل غالباً . اعتبر القتل عمداً وإن لم تكن اعتبر شبه عمد .

أما أبو حنيفة فيعتبر الخنق فى كل الأحوال قتلاً شبه عمد تطبيقاً لقاعدته الخاصة فى الوسيلة القاتلة وهى أن تقتل غالباً وأن تكون معدة للقتل . والخنق وإن قتل غالباً ليس وسيلة معدة للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يعتبران الخنق وسيلة معدة للقتل ومن ثم فهو عندهما قتل عمد إذا قتل غالباً وشبه عمد إذا لم يقتل غالباً^(٢) .

والخنق عند مالك عمداً فى كل الأحوال ما دام قد وقع بقصد العدوان ولم يكن على وجه اللعب والمزاح^(٣) .

٨٢ — الحبس وضع الطعام والشراب : يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلاً عمداً عند الشافعى وأحمد إذا مات الحبوس فى مدة يموت فى مثلها غالباً . وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا منع عنه المساء فى شدة الحر مات عطشاً فى الزمن القليل . وإن كان الوقت بارداً أو معتدلاً لم يمت إلا فى الزمن الطويل ، والكبير قد يتحمل عن الصغير ، والمتقشف قد يصبر أكثر من اللرفه . فتراعى هذه الاعتبارات ، فإن مات فى مدة يموت فى مثلها

(١) انشرح الكبير مع المفتى ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٣) انشرح الكبير الدردير ص ٢١٠

غالباً فالقتل عمد ، وإن مات في مدة لا يموت في مثلها غالباً فهو شبه عمد^(١) .
ومثل المنع عن الطعام والشراب ماله عزاء أو منعه عن الاستغلال حتى قتله
البرد أو الحر .

وإن كان به جوع أو عطش سابق على حبسه وعلم الحابس بذلك فالقتل عمد ،
إذ الغرض أن مجموع المدتين بلغ المدة القاتلة ، وإن لم يعلم في المسألة رأيان :
أحدهما : أن القتل عمد ، لأن الحبس أهلك المحبوس ، فهو كما لو ضرب
المريض ضرباً يهلكه دون الصحيح وهو جاهل مرضه فإنه يسأل عن قتله .
والرأي الثاني : يعتبر القتل شبه عمد لا تشاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت
بفعل مهلك أي أن المدة التي حبس فيها الجنى عليه لا تهلك عادة^(٢) .

وأبو حنيفة لا يرى مسؤولية الفاعل لأن الموت حصل بالجوع والعطش
لا بالحبس والجاني لم يفعل إلا الحبس ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يعتبران الجاني
قاتلاً شبه عمد^(٣) لأن الجاني منع بفعله الطعام والماء عن الجنى عليه ، ولا حياة
له بغيرها فهو الذي أهلكه بمنعه . ولكنهما لا يعتبران القتل عمداً لأنهما لا يريان
في الحبس وسيلة معدة للموت ، وإن كان في ذاته وسيلة تقتل غالباً . فهما في
رأيهما مقيدان بتوفر شرطى الوسيلة القاتلة ، كما أن الشافعى وأحمد يصدران في
رأيهما عن هذه الوجهة .

ويرى مالك الفعل في كل حال قتلاً عمداً مادام أنه قد صدر على وجه
العدوان^(٤) .

٨٣ - القتل بموجب شرعى : ومثله شهادة الزور على رجل بقتل عمد

(١) المغنى ج ٩ ص ٢٢٨

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٩٥ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

أو زنا أو ردة ، فحكم بقتله ، ثم يتضح كذب الشهود بعد تنفيذ الحكم ، والأئمة جميعاً^(١) يعتبرون الشاهد قاتلاً عمداً ، ولأن القتل بالتسبب وليس مباشراً ، فإن أبا حنيفة لا يرى فيه القصاص ، والقاعدة عنده أن القتل بالتسبب لا قصاص فيه إلا إذا كان السبب ملجئاً .

والقاضي إذا حكم بالإعدام على شخص ظملاً وهو عالم بذلك ومتعمد له اعتبر قاتلاً له حكم عليه عمداً ، وولى الدم إذا قتل المحكوم عليه بالقصاص ظملاً وهو عالم أنه مظلوم يعتبر قاتلاً له عمداً .

٨٤ - القتل بوسيلة معنوية : يرى مالك أن القتل بطريق معنوي معاقب عليه باعتباره قاتلاً عمداً . فمن ألقى على إنسان حية ولو كانت ميتة فمات فزاعور عبثاً فهو قاتل له عمداً ، وإذا سلّ عليه سيفاً فمات فزاعور فهو قاتل له عمداً^(٢) .

ويرى أحمد أن الجاني إذا شتم سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته ، أو صاح به صيحة شديدة نخر من سطح أو نحوه فمات ، أو تفغل عاقلاً فصاح به نخر ميتاً فإنه إن تعمد ذلك كله فهو قاتل قاتلاً شبه عمداً . ولا يعتبر أحد القتل عمداً لأن وسيلة القتل لا تقتل غالباً .

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفزعها ذلك وأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذي ترتب على الفرع فالحدث قتل شبه عمداً . وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففرغت وألقت جنينها أو ماتت من الفرع كان القاتل لها هو المستعدي مالم تكن ظالمة له فلا يكون مسؤولاً لأنها أحضرت بسبب ظلمها^(٣) .

(١) المغني ج ٩ ص ٣٣٢ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤١ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٤٨٧ - ٥٨٠ .

ويتفق مذهب الشافعى فى مجموعته مع مذهب أحمد ، إلا أن الشافعية منقسمون فى هذه المسألة ، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز ، ويرون أن لامتسولية على الفاعل إذا كان الجنى عليه مميزاً ، لأن المميز لا يفرع عادة وإذا فرع فنادرًا ولا حكم للنادر . ويرى البعض الآخر أن لافرق بين المميز وغير المميز وأن الفاعل مسئول عن فعله مادام قد أدى للموت . والفريقان يعتبران الفعل فى حالة المتسولية قتلا شبه عمد ، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً ، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلاً عمدًا وبعضهم يعتبره شبه عمد .

وللشافعية رأى خاص فى حالة الإجهاض من الفرع . فهم يرون متسولية السلطان عن الإجهاض وعن موت المرأة بسبب الإجهاض . ولكن إذا ماتت المرأة من الفرع لا بسبب الإجهاض فلا متسولية ، وعلة ذلك على مانظن . أن الحاكم حين استدعاها كان يؤدى واجباً عليه ، أو يستعمل حقاً له قبلها . وكذلك الشاكي كان يستعمل حقه^(١) ويرى أبو حنيفة أن من صاح على إنسان فجأة فأت من صيخته فهو قاتل له قتلاً شبه عمد^(٢) .

٨٥ - القسم : لا يخص فقهاء الشريعة للتسميم فصلاً خاصاً مكثفين

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ - ٣٣٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ . يحمل الفقهاء السلطان متسولية لإجهاض المرأة إذا طلبها ففرغت وألقت حملها اتباعاً لما فعل عمر رضى الله عنه . فقد طلب امرأة ففرغت وأخذها الطلق فألقت ولداً صاحب صيختين ومات . فاستشار عمر أصحاب النبي ، فقال بعضهم : ليس عليك شئ إنما أنت وال ومؤدب . وصبت على . فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا رأيهم فقد أخطأ رأيهم . وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك . إن ديتك عليك لأنك أفرغت فألقت . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك . والفقهاء وإن انفقوا على متسولية السلطان فإنهم يختلفون فيما يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقبته . أم بيت المال . . . ؟

بتطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما يطبقونها على التفريق والتحرير . وهم يخالفون في طريقتهن مايسير عليه شراح القوانين في مصر وفرنسا وغيرها من تخصيص فصل للكلام على القتل بالسم . وعلة عدم التخصيص في الشريعة هي : أن عقوبة القتل العمد في الشريعة واحدة مهما اختلفت وسائل القتل وهي القصاص ، فلم يكن ثمة مايدعو للتخصيص . أما في القانون المصري والفرنسي مثلا ، فإن عقوبة القتل بالسم تختلف عن عقوبة القتل العادي ، ومن ثم كان هناك مايدعو للتخصيص ويرى ماللك أن القتل بالسم قتل عمد في كل حال سواء كانت المادة سامة كثيرا أو قليلا ، تقتل غالبا أو كثيرا أو نادرا ، مادام الجاني قد اتوى قتل المجنى عليه بهذه الوسيلة ، ومادام المجنى عليه قد مات فعلا . ويستوى عند ماللك أن يقدم الجاني الطعام أو الشراب أو اللباس المسموم بنفسه للمجنى عليه أو بواسطة آخر ، أو يضعه في طعامه أو شرابه أو لباسه دون أن يقدمه له ^(١) فهو قاتل عمداً له في كل حال . إلا إذا علم المجنى عليه بأن الطعام أو الشراب مسموم ثم تناوله مع علمه فهو القاتل لنفسه .

ويرى أحمد أن الجاني إذا سقى المجنى عليه السم كرهاً أو خلطه بطعامه أو شرابه فأكله دون أن يعلم بأنه سم فالجاني مسؤول عن القتل العمد إذا كان السم مما يقتل غالبا . فإن كان السم مما لا يقتل مثله غالبا فالقتل شبه عمد . وإن خاط الجاني السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسئولية على الجاني ، لأن الداخل هو الذي قتل نفسه بفعله ، وإذا دخل المجنى عليه المنزل بإذنه أى بإذن الجاني . وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ما سبق ^(٢) .

ويتفق الشافعي مع أحمد في حالة الإكراه ، فإذا سقى الجاني المجنى عليه السم كرهاً عنه فهو قاتل عمداً إذا كان السم يقتل غالبا ، فإن لم يكن يقتل

(١) الشرح الكبير للردبر ص ٢١٧ .

(٢) الفنى ج ٩ ص ٢٤٢ .

غالباً فهو شبه عمد ، وكذلك الحكم لو أكره إنساناً على أن يشرب السم بشرط أن لا يعلم بأنه سم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهب أحمد فيما عدا ذلك . أى فى حالة تقديم الطعام المسموم للجنى عليه . أو وضع السم فى شرابه أو طعامه ، فيرون أن الطعام المسموم أو الشراب المسموم إذا قدم لضيف ، فإن كان الضيف صديقاً غير مميز أو مجنوناً أو أعجمياً يرى طاعة المضيف وكان السم مما يقتل غالباً فالجاني قاتل عمداً ، وإن لم يكن مما يقتل غالباً فالقتل شبه عمد .

أما إذا كان الضيف بالغا عاقلاً فيرى البعض أن الجاني قاتل عمداً إذا كان السم مما يقتل غالباً ، فإن لم يكن مما يقتل غالباً فالقتل شبه عمد . ويرى البعض الآخر أن القتل فى كل حال شبه عمد ، ولعل حجبتهم أن البالغ العاقل يستطيع أن يمتنع عن تناول المادة المسمومة بعكس غير المميز فإنه يفرر به بسهولة ويصعب عليه الامتناع عن تناولها ، والقدرة على الامتناع تجعل التسميم غير قاتل غالباً ، فيكون القتل شبه عمد ، ويرى البعض الثالث أن لامتثولية على الجاني لأنه تناول المادة المسمومة بنفسه ، فقطع فعله فعل الجاني ، أى أن المباشرة اجتمعت مع السبب فتغلبت عليه ، ويرد على ذلك بأن المباشرة لا تغلب السبب إلا إذا اضمحل معها ، ولا يضمحل السبب إلا إذا علم الجنى عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله ، ففي هذه الحالة تغلب المباشرة السبب ويقطع فعل الجنى عليه فعل الجاني . وإذا دس الجاني السم فى طعام الجنى عليه أو شرابه فأكله جاهلاً ومات ، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة ، ولا يفرقون هنا بين المميز وغير المميز كما فى حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف^(١) .

وأما الخلاف بين الشافعى وأحمد هو الاختلاف الرواى فى حديث اليهودية قدمت شاة مسمومة للنبي صلى الله عليه وسلم فأكل منها هو وبشر بن البراء ، وقد روى أنس بن مالك الحديث ولم يذكر أن النبي قتلها لما مات بشر ، ورواه أبو سلمة

فذكر أن النبي أمر بها قتل لما مات بشر ، وقد بنى الشافعي مذهبه على رواية أنس ، وبنى أحمد مذهبه على رواية أبي سلمة ، ومن هذا الطريق جاء اختلاف المذهبين في تقديم الطعام المسموم ، أو دس السم في طعام المجنى عليه .

أما اختلاف الشافعية فيما بينهم فأساسه أخذ بعضهم برواية أبي سلمة وأخذ البعض برواية أنس بن مالك وجمع البعض الآخر بين الروایتين ومحاولة التوفيق بينهما .

ولا يعتبر أبو حنيفة وأصحابه تقديم الطعام والشراب المسموم للمجنى عليه أو دسه في طعامه وشرابه قتلاً عمداً ، ولو أكل المجنى عليه أو شربه جاهلاً بأنه مسموم وعندهم أن المجنى عليه هو الذي قتل نفسه بتناول المادة المسمة ، ولكن الجاني يعزر لأنه غرر بالمجنى عليه .

أما إذا أوجر الجاني المجنى عليه السم إيجاراً ، أو ناوله له وأكرهه على شربه حتى شرب فالفعل قتل شبه عمد عند أبي حنيفة سواء كان السم يقتل غالباً أو لا يقتل غالباً فإن كان يقتل غالباً فالفعل قتل عمد ، لأن السم إذا كان يقتل غالباً فهو باستعماله معد للقتل ، وإن كان لا يقتل غالباً فالفعل شبه عمد .

الركن الثالث

أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

٨٦ - يشترط لاعتبار القتل عمداً عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن يقصد الجاني قتل المجنى عليه فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلاً عمداً ولو قصد الجاني الاعتداء على المجنى عليه لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفي لجعل الفعل قتلاً عمداً .

٨٧ - ولقصد القتل أهمية خاصة عند الأئمة الثلاثة لأنه هو الذي يميز القتل

العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ إذ أُلْفِعِل الواحد يصلح أن يكون قتلا عمداً أو شبه عمد أو خطأ والذي يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجاني فإن تعمد الجاني الفعل بقصد قتل الجاني عليه فهو قتل عمد وإن تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه عمد ، وإن تعمد الفعل دون قصد عدواني أو دون أن يقصد نتيجه فهو خطأ .

٨٨ — ولا يشترط مالك لاعتبار الفعل قتلاً عمداً أن يقصد الجاني قتل الجاني عليه ويستوى عنده أن يقصد الجاني قتل الجاني عليه أو أن يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل مادام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجاني في كلا الحالين قاتل عمداً^(١) وهذا الرأي يتفق على منطبق مالك لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ولا يرى القتل إلا نوعين فقط عمد وخطأ فانتضى منه ذلك أن يعتبر الجاني قاتلاً عمداً بمجرد توفر قصد العدوان ولو أنه اشترط توفر نية القتل عند الجاني لترتب على هذا الشرط أن يدخل في باب الخطأ كل ما يدخل في باب شبه العمد عند الفقهاء الآخرين .

٨٩ — وبعض كتب الفقه في مذاهب الأئمة الثلاثة تشترط صراحة قصد القتل في الجاني وبعضها لا يذكر شيئاً إطلاقاً عن قصد القتل وقد يوهم هذا أن هناك خلافاً على اشتراط قصد القتل والواقع أنه لا خلاف إطلاقاً في اشتراط قصد القتل وإنما الخلاف جاء في طريقة التعبير ، فالأصل أن نية القتل شرط أساسي في القتل العمد ولما كانت هذه النية أمراً باطنياً متصلاً بالجاني كما في نفسه ومن الصعب الوقوف عليها فقد رأى الفقهاء أن يستدلوا على نية الجاني بمقياس ثابت يتصل بالجاني ويدل غالباً على نيته ونفسيته ذلك المقياس هو الآلة أو الوسيلة التي يستعملها في القتل إذ الجاني في الغالب يختار الآلة المناسبة لتنفيذ قصده من الفعل

(١) مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٤ . الفرح الكبير للردوير ج ٤ ص ٢١٥ .

فإن قصد القتل الآلة الملائمة للفعل والتي تستعمل غالباً كالسيف والبندقية والعصا الغليظة وإن قصد الضرب دون القتل اختيار الآلة الملائمة لقصد الضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط . فاستعمال الآلة القاتلة غالباً هو المظهر الخارجي لنية الجاني وهو الدليل المادى الذى لا يكذب فى الغالب لأنه من صنع الجانى لامن صنع غيره ومن ثم اشترط الفقهاء أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً لأن توفر هذه الصفة فيها دليل على أن الجانى قصد قتل الجنى عليه واستغفوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أى أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا ما يدعى لاشتراط قصد القتل ، لأن اشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالباً ينفى عن اشتراط القصد ولهذا لا نجد فى كتب الفقه كتاباً يعرف القتل العمد أو شبه العمد فيذكر قصد القتل فى التعريف إلا نادراً وإنما يذكر القصد فى مناسبات أخرى وأخصها بيان الفرق بين العمد وشبه العمد وتعليل تسمية شبه العمد بهذا الاسم أنهم يصرحون بأن شبه العمد لا يشترط فيه قصد القتل ، وأن هذا هو ما يميزه عن العمد ، لأنهم يرون أن العمد هو ما قصد فيه الفعل والقتل ، وأن شبه العمد ما قصد فيه الفعل دون القتل ولذلك سمي بخطأ العمد أو عمد الخطأ لأنه عمد فى الفعل خطأ فى القصد ، ونستطيع أن نعرض عينة من أقوال الفقهاء فى هذا الموضوع فمثلاً يعرف الزيلعى وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً عن قصد القتل ولكنه يجتهد فى بيان أنه تعمد الفعل بما يقتل غالباً من وسائل معدة للقتل فإذا عرف شبه العمد قال إنه تعمد الضرب بما لا يقتل غالباً وأنه سمي بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل^(١) ويعرف صاحب بدائع الصنائع وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً كما فعل الزيلعى عن قصد القتل ولكنه حين يتكلم عن شرائط القصاص يقول إن القاتل عمداً يجب أن يكون متعمداً القتل قاصداً إياه^(٢) ويعرف صاحب المهذب وهو

(١) الزيلعى ج ٦ ص ٩٨ ، ١٠٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

شافعي القتل العمد بأنه قصد الإصابة بما يقتل غالباً فيقتله ثم يعرف شبه العمد بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ويقول إنه لا تجب في شبه العمد عقوبة القتل العمد لأن الجاني لم يقصد القتل^(١) ويعرف الماوردي وهو شافعي القتل العمد بأنه تعمد قتل النفس بما يقتل غالباً ويعرف شبه العمد بأن فاعله يكون عامداً في الفعل غير قاصد القتل^(٢) ويعرف معظم فقهاء المذهب الشافعي العمد بأنه قصد الفعل وعين الشخص بما يقتل غالباً كما يعرفون شبه العمد بأنه قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالباً^(٣) ولكنهم حين يفرقون بين أفعال العمد وشبه العمد يميزون العمد بقصد الجاني إهلاك المجنى عليه مع أنهم لا يذكرون قصد القتل صراحة في تعريف العمد أو شبه العمد ، ويعرف صاحب المغني وهو حنبلي المذهب القتل العمد فيقول ما خلاصته أنه الضرب بما يقتل غالباً ولكنه حين يتكلم عن شبه العمد يقول عنه إنه الضرب بما لا يقتل غالباً ثم يشرح هذا فيقول إن الضرب في شبه العمد يكون إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والوكز وسائر ما لا يقتل غالباً وهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه تعمد الفعل وأخطأ في القتل^(٤) ويعرف صاحب الشرح الكبير وهو حنبلي المذهب العمد وشبه العمد بمثل ما عرفهما به زميله السابق وصاحب الإقناع وهو حنبلي أيضاً يشترط في العمد القصد ويعرف العمد بقوله : « أن يقتل قصداً بما يوجب على الظن موته به » ثم يعرف شبه العمد فيقول : أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً قصد قتله أو لم يقصده^(٥) وظاهر مما سبق أن اشتراط قصد القتل هو المميز بين

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٤ ، ١٨٥

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩ ، ٢٢٠

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ - ٢٤٠ ، حاشية

البيهقي على المنهج ج ٤ ص ١٢٩ ، ١٣١

(٤) المغني ج ٩ ص ٣٢١ ، ٣٢٧

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٨

وقد أدى وجود القاعدة الثانية إلى الاختلاف بين الفقهاء في تطبيق القاعدة الأولى على جرائم القتل والضرب ، كذلك تختلف آراء الفقهاء في القتل عنها في القتل والجرح .

الرضا بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح القتل ، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلًا عمدًا . لكنهم اختلفوا في العقوبة التي توقع على الجاني ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن تكون العقوبة الدية ودرؤوا عقوبة القصاص عن الجاني على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادروا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم في فعل مكون للجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني . ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص . فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة ^(١)

والرأي الراجح في مذهب مالك : أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولو أبرأ المجنى عليه الجاني من دمه مقدماً لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمدًا ، ولكن بعض أصحاب هذا الرأي يرون أن تكون العقوبة القصاص ويعاقب بالعقوبة المقررة له ، ويرى البعض الآخر أن الإذن شبهة تدرأ القصاص ، ومن ثم يوجبون الدية ، أما الرأي المرجوح فنسبه ابن عرفة « لسحنون » ومقتضاه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط العقوبة فلا قصاص ولا دية وإنما التعزير ولكن الرأي المعروف عن سحنون في « كتاب العتيدة » أنه يرى عقاب القاتل وإن كان يدرأ القصاص عنه للشبهة ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) مواهب الجليل لأخطاب ج ٦ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣

وفي مذهب الشافعي رأيان : أولهما : أن الإذن في القتل يسقط العقوبة ولا يبيح الفعل ومن ثم فلا قصاص ولا دية ، ثانيهما : أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة . ولكنه شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية^(١) وبعض أصحاب هذا الرأي يرى القصاص لأن الإذن ليس شبهة .

أما أحمد فيرى أن لا عقاب على الجاني لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوي العفو عن العقوبة في القتل^(٢) وهذا يتفق مع الرأي الأول في مذهب الشافعي .

٩٢ - الرضاء بالجرح : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، لأن الأطراف عندم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلاً عمداً لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع ، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ولا قطعاً ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل^(٣) .

وفي مذهب مالك أن الإذن بالجرح والقطع لا عبرة به إلا إذا استمر مبرأ له بعد الجرح والقطع فإن لم يبرئه بعد الجرح والقطع ففيه العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية ، أما إذا استمر مبرئاً له يسقط العقوبة المقررة وهي القصاص والدية ويحل محلها التعزير ما لم يؤد الجرح أو القطع إلى الموت فيعاقب الجاني

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ .

ويعتبر الجنى عليه معيناً ولو قصد الجانى أن يصيب أى شخص من جماعته ، لأن الجماعة تصبح كلها مقصودة ، فتصير معينة أفراداً وجماعة .

ويفرقون فى مذهب مالك أيضاً بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين فإن قصد الجانى معيناً فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين أيا كان فلا يعتبر القتل عمداً وإنما يعتبر خطأ^(١) .

ويتفق مذهب أبى حنيفة وأحمد مع القانون المصرى اتفاقاً تاماً ، فالمادة ٢٣٦ عقوبات تنص على أن الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه . سواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط ، وتطبيقاً لهذا النص حكمت محكمة النقض بأنه إذا صوب شخص بندقية إلى جمع محتشد ، وأطلق منها عياراً نارياً أو عدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصاً أو أكثر من هذا الجمع وقتله ، عد القاتل مرتكباً للجريمة القتل عمداً لتوفر قصد القتل عنده^(٢) .

أما مذهب الشافعى ومالك فظاهر أنهما يخالفان القانون .

٩٦ - الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : يراد بالخطأ فى الشخص أن

يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيقتل غيره . والخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل ، فنرمى صيداً أو غرضاً أو آدمياً معيناً فأخطأه وأصاب شخصاً آخر فقد أخطأ فى فعله ، أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى قصد الفاعل فنرمى شخصاً على أنه مرتد أو حربى فإذا هو معصوم أو رماه على أنه زيد فتبين أنه عمرو فقد أخطأ فى قصده .

وللفقهاء نظريتان مختلفتان فى الخطأ فى الشخص والشخصية : الأولى للمالك

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) قض ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ حكمة ٩ عدد ١٠٦ .

وأصحابه ، وتلخص في أنه إذا قصد الجاني شخصاً فأصاب غيره ، أو قصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه بكر فإن الجاني يكون قاتلاً عمداً في الحالين ، سواء قصد القتل أو قصد مجرد العدوان على وجه القضب لا على وجه اللعب أو التأديب وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست قتلاً عمداً ، بل هي قتل خطأ^(١) ويرى بعض فقهاء المذهب الحنبلي : أن الفعل المقصود أصلاً إذا كان محرماً فإن الخطأ في الفعل أو الظن لا يؤثر على مسؤولية الجاني شيئاً لأنه قصد فعلاً محرماً قتل به إنساناً ، فهو إذن قاتل له عمداً^(٢) ، أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرر ، فإن الخطأ في الفعل أو الظن يكون له أثره على مسؤولية الجاني لأنه قصد فعلاً مباحاً ، فإذا أخطأ في فعله أو ظنه فهو قاتل خطأ لا عمداً .

والنظرية الثانية يأخذ بها فقهاء مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعي والفريق الأخير من فقهاء مذهب أحمد ، وهو لا يجمع ما يرون أن من قصد قتل شخص فأخطأ في فعله وأصاب غيره أو أخطأ في ظنه وتبين أنه أصاب غير من قصده ، فإن الجاني يكون مسؤولاً عن القتل الخطأ فقط ، سواء كان الفعل الذي قصده أصلاً مباحاً أو محرماً^(٣) .

٩٧ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : والرأي السائد في القوانين الوضعية يتفق مع رأى أصحاب النظرية الأولى ، إذ تأخذ القوانين الوضعية الجاني قصده ، فما دام قد قصد القتل والضرب ونفذ قصده فيستوى بعد ذلك أن يكون أصاب من قصده أو أصاب غيره ، وقضاء الحاكم المصرية مستقر على أن من تعمد قتل إنسان . فأصاب آخر فهو قاتل عمداً لهذا الآخر^(٤) .

٩٨ - الفهرست المسمى : ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة

(١) دواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤٣ . والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٢) المغني ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٢٧ الإقناع ج ٤ ص ١٦٨

والمغني ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٤) نفس ١٦٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ قضية ٢٠٨٥ سنة ٤٦ ق .

المجنى عليه أو في اللطمة ذاتها ما يدعو الجاني إلى العلم بأن اللطمة قد تؤدي الوفاة
 ١٠٠ - اثبات القصد الجنائي - يشترط أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن
 يثبت القصد القتل ثبوتاً لاشك فيه فإن كان هناك شك في أن الجاني قصد القتل
 اعتبر الفعل قتلاً شبه عمد ويستدل هؤلاء الفقهاء أصلاً على وجود قصد القتل
 بالآلة أو الوسيلة التي استعملها الجاني فإن كانت قاتلة غالباً فالقتل عمد وإن
 كانت لا تقتل غالباً فالقتل شبه عمد^(١) وكون الآلة قاتلة غالباً ليس في ذاته
 دليلاً يقبل النفي على قصد القتل وللجاني أن ينفي عن نفسه قصد القتل وأن يثبت
 أنه مع استعماله الآلة أو الوسيلة القاتلة غالباً لم يكن يقصد القتل فإن أثبت هذا
 اعتبر الفعل شبه عمد وعلى هذا يمكن القول بأن استعمال الآلة القاتلة يعتبر في
 ذاته دليلاً على قصد القتل يصح لهيئة الاتهام أن تكفي به إذا لم يكن ثمة ما ينفيه
 ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والمجنى
 عليه أو أقوال الشهود .

وليس في مذهب الإمام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة
 المستعملة في القتل أو بحمل الإصابة ولكن ليس من الضروري في المذهب إثبات
 قصد القتل لدى الجاني إذ يكفي أن يثبت أنه أتى الفعل بقصد العدوان وأنه لم
 يأت به على وجه اللعب أو التأديب

* * *

المبحث الثاني

في القتل شبه العمد

١٠١ - ذكرنا أن القتل شبه العمد يختلف عليه بين الفقهاء فمالك يرى
 أن القتل صنفان: عمد وخطأ فمن زاد عليهما فقد زاد على النص ويحتج بأن القرآن
 لم ينص إلا على العمد والخطأ فقط حيث قال الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً ﴾

(١) راجع الفقرات من ٣١ - ٣٨ والفقرة ٨٧ .

متعمداً ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فيقولون بالقتل شبه العمد ويرون أن القتل على ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ ويحتجون بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن في قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وبأن عمر وعلياً وعثمان وزيد بن ثابت وأباموسى الأشعري والغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا يخالف لهم من الصحابة كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجاني ولا يطالع على النيات إلا الله تعالى وإنما الحكم يدار على الظاهر وليس أدل على النية وأكثر إظهاراً لها من الآلة المستعملة في القتل فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أى حكم من قصد القتل ومن قصد الضرب بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ ففعله يشبه العمد لأنه قصد ضربة ويشبه الخطأ لأنه ضرب بما لا يقتل غالباً وما لا يقتل غالباً يدل على أنه لم يقصد القتل^(١) ولذلك سمي هذا النوع من القتل بشبه العمد^(٢) لأنه يماثل القتل العمد في كل شيء ولا يختلف عنه إلا في قصد الجاني والمفروض أن مرتكب القتل العمد يعتدى على الجنى عليه بقصد قتله أما مرتكب القتل شبه العمد فيعتدى على الجنى عليه بقصد الاعتداء دون أن يفكر في قتله^(٣) فالفرق بين النوعين هو في نية الجاني التي يستدل عليها بالآلة المستعملة في الجريمة ومن ثم تشابه القتلان تشابهاً شديداً دعا لتسمية أحدهما بالقتل شبه العمد إذا كان الثاني يسمى بالقتل العمد

١٠٢ - يعرف الحنفيون شبه العمد بأنه ما تمتدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضى إلى الموت فإن في هذا الفعل معنيين أولهما : معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وثانيهما : معنى الخطأ

(١) يعبر أبو حنيفة عن هذه الفكرة بقوله أن القتل بآلة غير معدة له دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٣) راجع الفقرة ٨٩ من هذا الكتاب لتفهم جيداً الفرق بين العمد وشبه العمد في القصد .

به حيواناً مفترساً كالذب أو أليفاً كالكلب^(١)

١٠٧ - ويستوى أن يحدث الفعل أثراً مادياً في جسم الجنى عليه أو أن يحدث به أثراً نفسياً يؤدي بحياته فن شهر على إنسان سيفاً أو صوب إليه بندقية فمات رعباً قبل أن يضربه ومن دلى إنساناً من شاهق فمات رهبة ورعباً ومن أفرع امرأة حاملاً فألقت حملها من الرعب وماتت بسبب الإجهاض يسأل عن القتل شبه العمد ولو أن فعله لم يحدث أثراً مادياً مباشراً بجسم الجنى عليه^(٢).

ولا يتفق القانون المصرى والفرنسى مع الشريعة في هذا ولكن الكثيرين من الشراح يرون أنه من القصور أن لا يعاقب هذان القانونان على مثل هذه الحالات أما القانون الإنجليزى فيعاقب على مثلها فعلاً.

١٠٨ - وليس ثمة ما يمنع هند الشافعى وأحمد عن مسؤولية الجانى عن القتل شبه العمد ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله كمن طاب إنساناً بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلف في هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو غرق في ماء أو احترق بنار أو سقط فتلف أو خر في مهواة من بئر أو غيره ففي كل هذه الأحوال يعتبر الطالب مرتكباً لجريمة القتل شبه العمد ولو أن فعله ليس هو الذى أدى مباشرة للموت على خلاف في الإطلاق والتقييد بين الشافعى وأحمد سبق بيانه^(٣).

١٠٩ - ويشترط في الجنى عليه أن يكون معصوماً ، فإن لم يكن معصوماً ، فلا يعتبر الفعل جريمة قتل وإنما يمكن اعتباره ما وقع اعتداء على

(١) يرى أبو حنيفة شخصياً أن من حرش كلباً أو غيره على آخر لا يكون معتمداً لأن للكلب اختياراً وإنما يكون مخطئاً فإذا قتله الكلب كان مسؤولاً عن القتل المخطئ فقط وبخلافه في هذا أبو يوسف ومحمد ويرى أن الفعل قتل شبه عمد .

(٢) راجع الفقرتين ٥٩ ، ٦٠ من هذا الكتاب .

(٣) راجع الفقرة ٦٢ من هذا الكتاب .

السلطات العامة . وقد بينا معنى العصمة بمناسبة الكلام على القتل العمد^(١) ولكننا لم نذكر من المهدرين إلا ما اقتضى الكلام عن القتل العمد ذكرهم فبقى منهم من لم نذكره وهم : السارق سرقة عقوبتها قطع اليد ، والزاني غير المحصن ، والقاذف وشارب الخمر ، فهؤلاء مهترون فيما يختص بتنفيذ العقوبة عليهم ، فمن قطع يد السارق لا يعاقب على قطعه ، ولكنه يعتبر معتديا على السلطات العامة التي من اختصاصها قطع السارقين ، ومن جلد الزاني غير المحصن أو القاذف أو شارب الخمر لا يعاقب على جريمة الضرب وإنما يعاقب على أنه افتات على السلطات العامة ، وأتى بعمل اختصت به نفسها ، والعلة في إباحة هذه الأفعال أنها حدود لا يجوز العقو عنها ، ولا التراخي في تنفيذها ، وهي واجبة على الجماعة فكل فرد يعتبر مسؤولاً عن تنفيذها ، والأمر سهل إذا كان دم الجنى عليه مهتراً إهداراً كلياً . ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التي ذكرناها الآن ثم مات الجنى عليه نتيجة لتنفيذ الحد من أحد الأفراد فهل يعتبر الفعل قتلاً شبه عمد أم لا ؟ .

قطع السارق : يعتبر السارق الذي سرق سرقة يجب فيها القطع غير معصوم بالنسبة للعضو الذي يجب قطعه ، أما باقي أعضائه فمعصوم وكذلك نفسه^(٢) ، فإذا عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التي يجب قطعها فلا يعاقب على القطع لأنه قطع عضواً غير معصوم ، ويستوى عند أحمد أن يكون القطع قبل الحكم بالسرقة أو بعده مادامت السرقة ثبتت على السارق ولكن يشترط أن تكون الدعوى مقامة ، فإن لم تكن الدعوى رفعت ، اعتبر القاطع قاطعاً عمداً ، وإذا شهد الشهود بالسرقة ولم يحكم القاضي بالقطع انتظاركاً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا غقوبة عليه إذا عدلت الشهود - أي ثبتت عدالتهم وصلاحهم -

(١) راجع الفقرات من ١٧ إلى ٢٢ من هذا الكتاب .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

فإن لم تعدل الشهود فهو قاطع ليد معصومة عمداً . ويرى الشافعي مثل ما يراه أحمد .

أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان أن يكون القطع بعد الحكم ، فإن كان بعده فلا مسؤولية على القاطع بسبب القطع وإنما يؤاخذ على الاقليات على السلطات ، أما إذا كان القطع قبل الحكم فهو مسؤول عن القطع^(١) .

وإذا أدى القطع إلى الوفاة فلا يسأل القاطع عن موته إلا إذا كان مسؤولاً عن قطعه ، فإن كان مسؤولاً عن القطع فهو مسؤول عن قتله عمداً . وإن لم يكن مسؤولاً فلا مسؤولية .

والحجة في عدم المسؤولية : أن الموت تولد عن قطع واجب وأن إقامة الحدود واجبة ولا تحتل التأخير ، فالضرورة تقتضي بالتسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا يتعطل تنفيذ الحدود .

والفرق عند أبي حنيفة بين هذه الحالة وحالة القصاص ، أن القصاص حق المقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة

أما الواجب فلا يتقيد بشرط السلامة ولا شك أن إقامة الحد واجب على كل فرد من الجماعة ولو أن الذي خصص لإقامته هو نائب الجماعة^(٢) .

١١٠ - ويشترط أن يؤدي الفعل لوفاة المجنى عليه ، ويستوى أن تكون الوفاة على أثر الفعل أو بعده بزمان طال هذا الزمن أو قصر ، فإذا لم يمت المجنى عليه من الفعل وشق عوقب الجاني باعتباره ضارباً أو جارحاً أو قاطعاً بحسب ما انتهت إليه حالة المجنى عليه ، فإن فقد من المجنى عليه عضو أو زالت منفعته عوقب الجاني على هذه النتيجة ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في هذا المبدأ فهي لا تعتبر الجاني شارباً في جريمة ضرب مفض إلى الموت إذا لم يؤد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ والبحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٣١٩ .

الضرب للموت ، وإنما تعتبره محدثاً لعاهة أو ضارباً بحسب ما تنتهى إليه حالة الجنى عليه .

١١١ - ويصح أن يصدر الفعل من الجانى مباشرة . كأن يضرب الجنى عليه بمصا أو يرميه بحجر ، ويصح أن يتسبب فى الفعل دون أن يباشره كأن يفرى به كلباً فيعضه فيموت من العضة أو يضع له مزقاً فى الطريق فيسقط فيه فيموت من سقطته ، فالجانى مسؤول عن القتل شبه العمد فى حالتى المباشرة والتسبب ، ولا فرق عند أبى حنيفة فى القتل شبه العمد بين عقوبة القتل المباشر والقتل بالتسبب كما هو الحال فى القتل العمد .

١١٢ - وتنطبق على القتل شبه العمد كل القواعد التى ذكرت فى باب القتل عن المباشرة والسبب والشرط والمسألة عنها . وتعدد المباشرة والسبب والمالئ والقتل على الاجتماع والقتل على التعاقب واجتماع المباشرة مع السبب^(١) وقد تكلمنا عن هذه القواعد بما فيه الكفاية فلا داعى لإعادة الكلام عنها . من كان عليه قصاص متلف كقطع أصبع أو يد أو رجل أو أذن فهو غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود ما يستحقه ، فليس للمستحق أن يقطع غير العضو المائل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المائل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعبهه بالقصاص ، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسؤول عن القطع لأن المقطوع معصوم فى حقه .

وإذا اقتصر المستحق فى طرف ، فسرى القصاص إلى النفس ، ومات المقتص منه ، فلا يسأل الرالى عن القتل شبه العمد ، لأنه مات من فعل مباح^(٢) وهو تنفيذ العقوبة .

وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فيرى أن المقتص مسؤول عن القتل شبه العمد ، وحجة الفريق الأول أن الموت

(١) راجع الفقرات من ٤٣ - ٥٦ من هذا الكتاب .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٨ ، المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ .

حدث بفعل مأذون فيه ، ولا يعتبر جريمة ، فأتولد منه لا يعتبر جريمة . فإن ماتولد عن المباح مباح . وحجة أبي حنيفة أن الفعل المأذون له فيه هو القطع وهو حقه ، ولكنه استوفى أكثر من حقه ، وجاء بالقتل ففيه مسؤولية^(١) .

١١٣ - ويشترط أن يكون الفعل الذى أتاه الجانى محرماً عليه ، فإن كان حقه أو من واجبه أن يأتى الفعل فأدى الفعل للموت فالمسؤولية تختلف بحسب حدود الحق ، وباختلاف أصحاب الحق كما تختلف بحسب اختلاف الشخص المحمل بالواجب وسنفصل ذلك فيما يأتى :

حق التأديب ، حق التطبيب ، الألعاب الرياضية ، حق القصاص ، التعزير قطع السارق ، الجلد فى حد .

الركن الثانى

أن يتعمد الجانى الفعل

١١٤ - يشترط أن يتعمد الجانى إحداث الفعل المؤدى للوفاة دون أن يتعمد قتل المجنى عليه ، وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتى القتل العمد وشبه العمد ، ففي الأول يتعمد الجانى إصابة المجنى عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله ، وفى الثانى يتعمد إصابة المجنى عليه ولا يتعمد قتله فالفاصل بين الجريمتين أهلاً هو قصد الجانى ، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد العدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد ، ويستدل على نية الجانى قبل كل شئء بالآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل ، فإن كانت الآلة تقتل غالباً ، فالفعل قتل عمد مالم يثبت الجانى أنه لم يقصد القتل ، وإن كانت الآلة لا تقتل غالباً ، فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجانى فعلاً للقتل ، لأن القتل لا يكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه ، فإن لم تكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل

عبثاً^(١) ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجاني ، وتميز جريمة القتل شبه العمد عن القتل الخطأ بقصد الفاعل أيضاً ، ففي شبه العمد يأتي الفاعل الفعل بقصد العدوان دون أن يقصد القتل ، أما في القتل الخطأ فيأتي الفعل دون أن يقصد عدواناً أو يقع منه الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياظه دون أن يقصد الفعل بالذات .

١١٥ - القصر المسمى : والجاني في القتل شبه العمد مأخوذ بقصده الاحتمالي ، فإن نيته لانتجه لقتل الجنى عليه عند ارتكاب الحادث ، وما كان يتوقع أن يؤدي الحادث للقتل ، ولكنه يسأل عن القتل باعتباره نتيجة لعمله وكان في وسعه أن يتوقعها أو كان يجب عليه أن يتوقعها^(٢)

١١٦ - القصر الممرود أو غير الممرود : ويستوى عند الفقهاء في القتل شبه العمد أن يقصد الجاني شخصاً معيناً بالفعل الذي أدى للقتل ، أو يقصد شخصاً غير معين أياً كان ، فالجاني مسؤول في الحالين عن فعله ، ويماقب عليه بمقوبة القتل شبه العمد إذا أدى للموت^(٣)

١١٧ - الخطأ في الشخص الخطأ في الشخصية : وإذا قصد الجاني شخصاً معيناً فأخطأه وأصاب غيره ، كأن رماه بحجر فلم يصبه وأصاب الآخر وقصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه عمرو . فإن الجاني يسأل عن القتل الخطأ إذا توفي الجنى عليه . ولا يسأل عن القتل شبه العمد وهذا هو الرأي في مذهب أبي حنيفة والشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما البعض الآخر فيرى أن الجاني يسأل عن القتل شبه العمد إذا كان الفعل الذي قصده محرماً ، أما إذا كان غير محرم فيسأل عن القتل الخطأ^(٤) .

(١) راجع الفقرة ٨٩ في هذا الكتاب .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ في هذا الكتاب .

(٣) راجع الفقرة ٩٥ في هذا الكتاب .

(٤) راجع الفقرة ٩٦ في هذا الكتاب .

١١٨ - رضاء الجنى عليه : وإذا كان الجنى عليه قد أذن بالفعل المؤدى للموت فيرى أبو حنيفة مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد لأن الجاني أذن بالجرح ولم يأذن بالقتل فلما مات الجنى عليه تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ويخالفه أبو يوسف ومحمد في هذا الرأي كما يخالفه الشافعي وأحمد ، ويرون أن لامسؤولية على الجاني ، وقد تكلمنا عن هذا بتفصيل بمناسبة الكلام على القتل العمد^(١) .

ولا عبرة بالبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب الفعل ، فسواء كانت هذه البواعث شريفة أو وضيفة فلا أثر لها على الجريمة ولا أثر لها على العقوبة ، لأن العقوبة حد لا يجوز تخفيفها ولا إيقافها ولا العفو عنها .

الركن الثالث

أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية

١١٩ - يشترط أن يكون بين الفعل الذي ارتكبه الجاني وبين الموت رابطة السببية ، أى أن يكون الفعل علة مباشرة للموت أو أن يكون سببا في علة الموت ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجاني عن موت الجنى عليه ، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضارباً .

١٢٠ - ويكفى أن يكون فعل الجاني هو السبب الأول في إحداث الوفاة ، ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة كإهمال العلاج أو إساءة العلاج أو ضعف الجنى عليه أو مرضه أو غير ذلك . وقد تكلمنا على ذلك بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على القتل العمد ، وما قلناه هناك ينطبق هنا مما

(١) راجع الفقرة ٩٢ من هذا الكتاب .

هو خاص بتمدد الأسباب وتواليها وانقطاع آثارها، وتغلب بعضها على البعض الآخر^(١).

١٢١ - والقضاء المصري يتجه اتجاها الشريعة مخالفاً بذلك النظرية الفرنسية، ومن المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية، أنه لا يقبل من المتهم الاحتجاج بأن وفاة المجنى عليه الذي أصابته ضربة من الغير مطالباً بأن يعمل كل احتياط لما عساه أن يحدث من هذه الضربة طالما أنه لم يعمل عملاً إيجابياً ساءت به حالته^(٢). وحكمت أيضاً محكمة النقض بأنه إذا كان سبب الوفاة هو التسمم الصيدي الناشئ من الإصابة مع الضعف الشيخوخي. فلا يقبل من المتهم القول لعدم توفر رابطة السببية بين الضرب والوفاة، لأنه متى كان الضرب الذي وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك للعوامل الأخرى المتنوعة التي تعاونت بطريق مباشر أو غير مباشر على إحداث النتيجة النهائية، فإن المتهم مسؤول عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله، ومأخوذ في ذلك بقصد الاحتمالي ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها^(٣).

المبحث الثالث

في القتل الخطأ

١٢٢ - الأصل في العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير

(١) تراجع الفقرات من ٦٨ إلى ٧٣ من هذا الكتاب .

(٢) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ قضية رقم ١١٣٩ سنة ٤٧ قضائية .

(٣) قض ٢٠/١١/٩٣٣ قضية رقم ٢٠٥٨ سنة ٢ ق .

رقية مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله علياً حكيماً [سورة النساء : الآية ٩٢] .

١٢٣ - ويرى بعض الفقهاء أن الخطأ نوع واحد . ولكن بعضهم يقسمه إلى نوعين :

١ - قتل خطأ محض .

٢ - قتل في معنى القتل الخطأ

والخطأ المحض هو ما قصد فيه الجاني الفعل دون الشخص . ولكنه أخطأ في فعله أو في ظنه . ومثل الخطأ في الفعل أن يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً ، والخطأ في ظن الفاعل كمن يرمى شخصاً على ظن أنه مهدر الدم فإذا هو معصوم وكمن يرمى ما يحسبه حيواناً فيقتل أنه إنسان أما ما هو في معنى القتل الخطأ ، فهو ما لا قصد فيه إلى الفعل ولا الشخص ، أي أن الجاني لا يعتمد إتيان الفعل الذي يسبب الموت ولا يقصد الجنى عليه ، وهذا النوع من القتل الخطأ قد يحدث من الجاني مباشرة ، وقد يحدث بالتسبب ، والأول كمن انقلب على نائم بجواره فقتله أو سقط منه شيء كان يحمله على آخر فمات منه ، والثاني كمن حفر بئراً فسقط فيها آخر فمات ، وكمن ترك حائطه دون إصلاح ، فسقط على بعض المارة أو كمن أراق ماء في الطريق فانزلق به أحد المارة وسقط على الأرض فخرج جرحاً أودى بحياته . والفقهاء الذين لا يرون تقسيم الخطأ يدخلون تحته ما يدخله الآخرون تحت هذين القسمين فالفرق بين الفريقين في منطق الترتيب والتبويب لا غير .

ولعل الذي دعا القائلين بالتقسيم إلى تقسيم الخطأ ، أنهم رأوا أن طبيعة الفعل في الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلاً في معنى الخطأ ، ففي الخطأ المحض يعتمد الجاني الفعل ، أما في النوع الثاني فلا يعتمد ، وعلة تقسيم النوع الثاني إلى قتل مباشر وقتل بالتسبب ، أن القتل المباشر فيه الكفارة دون القتل بالتسبب ، والكفارة عقوبة تعبدية أو هي دائرة بين العقوبة والعبادة وتخص

المسلم دون غيره .

١٢٤ - وما جاء في الشريعة عن الخطأ يتفق مع ما جاء في القوانين الوضعية بحته وإذا كان شراح القوانين لا يقسمون الخطأ هذه التقاسيم ويكتفون بإدراجها كلها تحت لفظ الخطأ كما فعل بعض الفقهاء إلا أن ما اعتبره القوانين خطأ لا يخرج عن نوع من الأنواع التي ذكرها فقهاء الشريعة .

١٢٥ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الجاني يكون مسئولاً كلما كان الفعل والترك نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم احتياط وتحرز أو عدم تبصر أو مخالفة لأوامر الساطات العامة أو الشريعة ومن ثم يكون أساس جرائم الخطأ في الشريعة هو نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه الجرائم في القوانين الوضعية وبصفة خاصة القانونين المصري والفرنسي وسنعرض فيما يأتي أمثلة مما يراه فقهاء الشريعة خطأ تأييداً لما قلناه .

١٢٦ - ويسير الفقهاء عامة على^(١) قاعدتين عامتين يحكمان مسئولية الجاني في الخطأ وتطبيقهما نستطيع أن نقول إن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطئ .
القاعدة الأولى : كل ما يباحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط والتبصر فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية .

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعاً وأتاه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعدى من غير ضرورة وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه

١٢٧ - () من كان يمشى في الطريق حاملاً خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسئول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحاط فلم يفعل ولكن الغبار الذي يثيره مشى الإنسان في الطريق إذا جاء في عين إنسان فأتلفها لا يسأل عنه الماشي لأن إثارة الغبار عن المشي مما لا يمكن التحرز منه .

(٢) - من سير دابة أو ساقها أو قادها فوطئت إنساناً أو كدتمته أو صدمته فهو مسئول عن ذلك كله لأنه مما يمكن التحرز عنه بحفظ الدابة وتنبيه الناس ، أما نفح الدابة برجلها أو ذنبها فلا يمكن التحرز منه وكذلك بولها وروثها ولعابها فلو نفحت الدابة برجلها أو ذنبها إنساناً فأحدثت به إصابة مات منها ولو أتلف بولها أو روثها أو لعابها ملابس إنسان أوزلق فيه فسقط وأصيب فلا مسئولية على الراكب أو السائق أو القائد لأن سبب الإصابة مما لا يمكن التحرز عنه ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «والرجل جبار» أى نفح الدابة برجلها جبار أى لا مسئولية عنه .

(٣) - ما تنيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصغار لا ضمان فيه أى لا مسئولية عنه لأنه لا يمكن التحرز فيه أما إثارة الحصى الكبار ففيه المسئولية لأنها لا تثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه .

(٤) - إذا أوقفت الدابة في الطريق العام فقتلت إنساناً فمن أوقفها مسئول عن قتله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها وكذلك هو مسئول عما يعطب بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه سواء كان راكباً لها أم لا ، لأن وقوف الدابة في الطريق العام ليس بمأذون فيه شرعاً ، إنما جعل الطريق للدرور فإذا كان الوقوف لضرورة فيه فهو تعد من غير ضرورة وماتولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم لا يمكن التحرز منه .

(٥) - ومن ربط في غير ملكه فهو مسئول عما أصابته من شيء بيدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد بالوقوف في غير ملكه .

(٦) - فإذا أوقفها في ملكه فلا ضمان عليه إلا فيما وطئت بيدها أو رجلها وهو راكبها ، وإذا كان الوقوف في محل مخصص لذلك كوقوف معد للحيوانات في الشارع العام أو كوقوف الحيوانات في السوق العام فهو كالموقوف الدابة في ملكه الخاص .

(٧) - ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت في نفاهاها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله عليه السلام : «العجاء جبار» أى البهيمة جرحها جبار ولأنه لا صنع له في نفاهاها وانفلاتها ولم يكن في إمكانه أن يتحرز عن فعلها .

(٨) - من أحدث شيئاً في الطريق كمن أخرج جناحاً أو شرفة ، أو نصب ميزاباً ، أو بنى دكاناً ، أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعاً . فعثر بشيء من ذلك عاثر . فوقع فمات ، أو وقع على غيره فقتله ، أو حدث به أو بغيره من العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره ، أو صب ماء في الطريق فزلق به إنسان فهو مسؤول عن ذلك كله وعمّا عطب من الدواب وتلف من الأموال ؛ لأنه تسبب في التلف بإحداث هذه الأشياء وهو متعمد في التسبب ، فكل ماتولد من التعدى يكون مضموناً عليه . ولو كان التحرز منه غير ممكن ..

(٩) - إذا أشعل ناراً في داره أو في أرضه وكان من المتوقع أن يصل الشرر إلى دار غيره أو أرضه لهبوب الهواء قبل إشعال النار فهو ضامن لما احترق في دار جاره أو أرضه لعدم تبصره ولعدم احتياطه .

(١٠) - إذا سقى أرضه فأسرف حتى أضر السقى بأرض جاره أو كان بأرضه شق فنزل الماء في أرض جاره فهو ضامن لعدم تبصره وعدم احتياطه وتقصيره .

(١١) - إذا رش الطريق فجاوز المعتاد في الرش فهو ضامن .

(١٢) - ولو تنهى في الاحتياط والتبصر والتحرز فحزت حادثة لا تتوقع أو صاعقة فسقط بها شيء من ملكه كميزاب أو شرفة وأتلف إنساناً أو شيئاً فلا مسؤولية ولا ضمان^(١) .

هذه هي بعض الأمثلة التي ضربها فقهاء الشريعة على الخطأ وظاهر منها أن

(١) راجع في هذا المثل والأمثلة السابقة بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ - ٢٨٦ . والمغنى

ج ٩ ص ٥٥٨ - ٥٧٧ . ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٣ - ٣٥٠ . ومواهب الجليل ج ٦

ص ٢٤١ - ٢٤٣ ومن ص ٣٢٠ - ٣٢٣ .

المسؤولية تختلف في حالة ما إذا كان الفعل مباحا عنها في حالة ما إذا لم يكن مباحا فإن كان الفعل مباحا فالمسؤولية أساسها التقصير الذي يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير وهذا الذي تقوم عليه المسؤولية في الخطأ في الشريعة هو نفس ما يأخذ به القانون المصري الناقل عن القانون الفرنسي فهو ينص على المسؤولية في حالة التقصير بصورة مختلفة من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه كما ينص على المسؤولية في حالة عدم مراعاة واتباع اللوائح ولا يشترط التقصير في الحالة الأخيرة^(١).

أركان القتل الخطأ

١٢٨ - للجناية على النفس خطأ ثلاثة أركان : أولها - فعل يؤدي لوفاة المجنى عليه . ثانيها - أن يقع الفعل خطأ من الجاني . ثالثها - أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة سببية .

الركن الأول

فعل يؤدي لوفاة المجنى عليه

١٢٩ - يشترط أن يقع بسبب الجاني أو منه فعل على المجنى عليه سواء كان الجاني أراد الفعل وقصده كما لو أراد أن يرمى صيدا فأصاب إنسانا أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياطة دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله .

١٣٠ - ولا يشترط في الفعل أن يكون من نوع معين كالجرح مثلا بل يصح أن يكون أي فعل مما يؤدي للموت كالاصطدام بشخص أو شيء وتزليق

(١) راجع المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات المصري .

الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على الجنى عليه أو إسقاطه في ماء أو سقوط حائط عليه .

١٣١ - وكما يصح أن يكون الفعل مباشراً يصح أن يكون بالتسبب كمن ألقى ماء في الطريق أو قشر موزاً أو بطيخاً فتزلق فيه آخر فسقط وأصيب فمات من إصابته ومن حفر بئراً أو حفرة ولم يتخذ حولها مانعاً فسقط فيها إنسان فمات من سقطته .

١٣٢ - ويجوز أن يكون الفعل إيجاباً كمن يلقي حجراً من شرفه ليتخلص منه دون قصد إصابة أحد فيصيب أحداً ويجوز أن يكون الفعل تركاً كترك الكلب العاقر في الطريق فيعقر إنساناً ويحدث به إصابات تميته وكعدم إصلاح الحائط المائل أو المختل حتى يسقط على إنسان فيميته .

١٣٣ - ويصح أن تكون وسيلة الموت مادية كما يصح أن تكون معنوية فمن أثار رائحة كريهة أدت إلى إسقاط حامل وموتها ومن صاح على حيوان صيحة مزعجة فمات منها إنسان رعباً أو أزغجه فسقط من مرتفع ومات من سقطته يعتبر قاتلاً خطأ في كل هذه الحالات وأمثالها .

١٣٤ - ويشترط أن يؤدي الفعل إلى الوفاة ويستوى أن تكون الوفاة على أثر وقوع الحادث أو بعده طالبت المدة أو قصرت فإن لم يمت الجنى عليه كان الفعل جنائية خطأ على مادون النفس .

١٣٥ - وينطبق على القتل الخطأ كل القواعد التي ذكرت في باب القتل العمد عن المباشرة والسبب والشرط والمسؤولية عنها وتعدد المباشرة والسبب واجتماعهما والقتل على التعاقب^(١) .

١٣٦ - وليسكون الجاني مسؤولاً عن فعله يجب أن يكون الجنى عاينه

(١) راجع الفقرات من ٤٣ إلى ٥٦ في هذا الكتاب .

معضوما وقد تكلمنا عن الصمة بمناسبة الكلام عن القتل العمد وفيما ذكر
هناك الكفارة^(١)

الركن الثاني

الخطأ

١٣٧ - الخطأ هو الركن المميز لجرائم الخطأ على العموم ، فإذا انعدم
الخطأ فلا عقاب ، ويعتبر الخطأ موجوداً كلما ترتب على فعل أو ترك نتائج لم
يردها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر ، سواء كان الجاني أراد الفعل أو الترك
أم لم يرده ، ولكنه وقع في الحالين نتيجة لعدم تحرزه أو مخالفته أوامر السلطات
العامة ونصوص الشريعة .

١٣٨ - ومن المسلم به أنه لا عقاب على عدم التحرز في ذاته ، أو مخالفة
الأوامر والنصوص ، فإن لم يكن شيء من هذا فلا عقاب ، إلا إذا تولد عن
عدم التحرز أو مخالفة الأوامر والنصوص ضرر ، فإذا تولد الضرر فقد وجدت

(١) يعتبر الإمام مالك من القتل الخطأ الأفعال التي تقع من الجاني بقصد تأديب المجنى عليه
أو بقصد اللب إذا أدت للوفاة ، ولعله أخذ بهذا الرأي نتيجة لقوله : إن القتل إما عمد وإما
خطأ فقط ، ولا وسط بينهما ، ورأيه فيما يختص بالأفعال التي يقصد بها التأديب يخالف آراء بقية
الفقهاء الذين يقررون الفعل قتل شبه عمد كما يخالف القانونيين المصريين والفرنسي الذين يقرران
الفعل ضرباً أفضى إلى موت ، وهو يتفق مع رأي بقية الفقهاء ، أما فيما يختص بالأفعال التي
ترتكب بقصد اللب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأي بقية الفقهاء كما يتفق مع
القوانين الوضعية .

ويرى أبو حنيفة من الخطأ أن يضرب إنسان كلبه فيعقر آخر فيقتله ، وحجته أن الكلب
لا يعقر مكرها ، ويمكن يعقر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أهمل ،
ويخالفه أبو يوسف وعمد ويعتبران الفعل قتل شبه عمد ورأيهما يتفق مع رأي الشافعي وأحمد
أما مالك فيعتبر الفعل قتل عمداً . البداية ج ٧ ص ١٨٣ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

المسؤولية عن الخطأ ، وإذا انعدم الضرر فلا مسؤولية^(١) .

١٣٩ - ومقياس الخطأ في الشريعة هو عدم التحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصويره من تقصير ، فيدخل تحته الإهمال وعدم الاحتياط وعدم التبصر والرعونة والتفريط وعدم الانتباه وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز .

١٤٠ - ومخالفة الأوامر والنصوص يدخل تحتها نصوص الشريعة نفسها ونصوص القوانين واللوائح والأوامر التي تصدرها السلطات التشريعية ، وبمجرد المخالفة يعتبر خطأ في ذاته وترتب عليه مسؤولية المخالف سواء فيما يمكن التحرز فيه أو مالا يمكنه أن يتحرز فيه ، ولكن يشترط للمسؤولية أن يكون هناك ضرر كما قدمنا .

١٤١ - ولا يشترط أن يكون الخطأ بالفا حدًا معينًا من الجسامة ، فيستوى أن يكون خطأ الجاني جسيماً أو تافهاً ، فهو مسؤول جنائياً بمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه ، وهي نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تفاهته ، لأن عقوبة القتل الخطأ في الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات العامة . ويبني على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر إذا برأت المحكمة المختصة الجاني لأنه لم يحدث منه خطأ .

الركب الثالث

أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية

١٤٢ - يشترط ليكون الجاني مسؤولاً أن تكون البجاية قد وقعت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

نتيجة لخطئه ، بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالسبب ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا مسؤولية على الجاني .

١٤٣ - ويسأل الجاني عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى كسوء العلاج واعتلال صحة الجنى عليه أو صغر سنه أو ضعف تكوينه ، كذلك يسأل عن الموت ولو اشترك في الخطأ أكثر من شخص بغض النظر عن عدد الإصابات التي تسبب فيها كل ، وخش هذه الإصابات ، مادامت الإصابة المنسوبة للجاني مهلكة بذاتها أو ساهمت في إحداث الوفاة . وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن يعبث بينديقته فتنتلق منه خطأ فتصيب الجنى عليه فتقتله ، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن حفر بئراً عدواناً ، فجاء السيل ودحرج بحوارها حجراً فعثر الجنى عليه بالحجر فسقط في البئر فمات من سقطته .

١٤٤ - والجاني مسؤول عن خطئه ولو توالى الأسباب وبعدت النتائج مادام العرف يعتبره مسؤولاً عن هذه النتائج ، وقد تكلمنا طويلاً عن رابطة السببية بمناسبة القتل العمد . وما قيل هناك يمكن أن يقال هنا .

١٤٥ - واشتراك شخص أو أشخاص في الخطأ لا يعفى الجاني من مسؤولية القتل العمد ، ولكنه يخفف من العقوبة ، إذ تقسم عليهم الدية بحسب عددهم لا بحسب عدد إصاباتهم ، فإذا اشترك ثلاثة في قتل رابع خطأ ، فعليهم دية ثلاثاً بغض النظر عن جسامه فعل كل منهم وعدد إصاباته مادام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة .

١٤٦ - وإذا اشترك الجنى عليه مع الجاني في الخطأ ، تخفف العقوبة بقدر نصيب الجنى عليه لأنه اشترك في الفعل ، فأعان على نفسه ، فمثلاً إذا اشترك أربعة في حفر بئر فوقت عليهم فمات أحدهم ، فعلى كل من الثلاثة الباقين ربع دية فقط ، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنيق فرجع عليهم بخمسة فمات أحدهم

فمات فعلى الباقيين كل منهم تسع دية ويسقط عشر الدية مقابل اشتراك المجنى عليه في الخطأ الذي أعان به على نفسه ، وقد قضى على بن أبي طالب بمثل هذا في قضية موضوعها : أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى على الباقيين كل بعشر الدية ، وأسقط عشرها لأن القاتل أعان على نفسه^(١) .

ولكن الفقهاء يختلفون في حالة المصادمة . فيرى بعضهم عقاب كل متصادم عقوبة كاملة عن فعله ، ويرى البعض الآخر أن الموت حدث من فعلين فنصف العقوبة^(٢) . والرأى الثانى يتفق مع ما تأخذ به المحاكم في مصر وفرنسا ، فإن اشترك المجنى عليه في الخطأ لا يخليه من المسؤولية الجنائية ولكنه يؤثر على التعويض ، ويدعو إلى تخفيف العقوبة .

١٤٧ — وتعتبر رابطة السببية قائمة سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجانى أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان ، مادام الجانى هو المتسبب في الفعل ، فمن يعبث بيندقيته ، فتنتطلق منه خطأ فتصيب المجنى عليه . فهو مسؤول عن القتل إذا مات ، ومن يكلف أجيراً بحفر بئر في طريق فسقط فيها أحد فمات من سقطته ، فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها في ملك الآخر ، ومن قاد دابة فعمرت شخصاً فمات من المقر فالقاتل هو القائد .

المبحث الرابع

في عقوبات القتل العمد

١٤٨ — للقتل العمد في الشريعة أكثر من عقوبة ، منها ما هو أصلى ، ومنها ما هو تبعي والعقوبات الأصلية هي :

١ - القصاص ٢ - الدية ٣ - التعزير والكفارة على رأى ، والعقوبات التبعية

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٨ والمقى ج ٧ ص ٥٥٩ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٣ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٣ ، ونهاية المحتاج

ج ٧ ص ٣٤٣ .

(٨ - التشرع الجنائى الإسلامى ٢)

اثنتان : ١ - الحرمان من الميراث ٢ - الحرمان من الوصية .

١٤٩ - القصاص : تجب عقوبة القصاص بازتكاب جريمة القتل العمد في الشريعة ومعنى القصاص المائلة أى مجازاة الجاني بمثل فعله وهو القتل ويستوى لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقاً بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشيء من ذلك كما يستوى أن يصحب القتل جريمة أخرى أولاً يصحبه شيء ، فالعقوبة على القتل العمد هي القصاص في كل حال إلا في حالة الخرابة . أى عندما يقترن القتل بسرقة فالعقوبة في هذه الحالة هي القتل والصلب ولكن العقوبة لا تقع على الجاني باعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أى قاطع طريق .

١٥٠ - وعقوبتا الدية والتعزير كلاهما بدل من عقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص حلت محله عقوبة الدية مضافاً إليها التعزير إن رأت ذلك الهيئة التشريعية وإذا امتنعت عقوبة الدية لسبب من الأسباب الشرعية حلت محلها عقوبة التعزير فالفرق بينهما أن عقوبة التعزير تكون أحياناً بدلاً من القصاص وتكون أحياناً بدلاً من بدل القصاص أى بدلاً من عقوبة الدية التي هي في الأصل بدل من عقوبة القصاص أما عقوبة الدية فهي بدل من القصاص فقط .

١٥١ - ويترتب على اعتبار الدية بدلاً من القصاص نتيجتان : أولها - أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين العقوبتين جزاء عن فعل واحد ولكن الجمع يجوز إذا تعددت الأفعال فيجمع بينهما باعتبار القصاص عقوبة عن بعض الأفعال والدية عقوبة عن البعض الآخر فمن قتل شخصاً عمداً لا يصح أن يعاقب إلا بعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص فعقوبة الدية والتعزير أو الدية فقط فإن امتنعت الدية فالعقوبة التعزير ومن قتل شخصين جاز أن يعاقب على قتل أحدهما بالقصاص وعلى قتل ثانيهما بالدية والتعزير إذا امتنع القصاص وبالتعزير فقط إذا امتنع القصاص والدية فتكون نتيجة الحكم عليه أنه عوقب بالقصاص والدية والتعزير وخلاصة ما سبق أنه لا يجوز الجمع بين عقوبة أصلية وعقوبة بدلية إذا كانت الأخيرة مقررة بدلاً من الأولى أو بمعنى آخر لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية

وبدلهما ولكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمثلاً يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص ويجوز الجمع بين القصاص والسكفارة وكلاهما عقوبة أصلية ، ولا جدال في أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً .

١٥٢ - ويترب على أن القصاص أصل والدية والتعزير بدل أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة البديلة إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية ولسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص فإذا لم يكن هناك مانع ، وجب الحكم بالعقوبة الأصلية .

١٥٣ موانع القصاص : العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد هي القصاص فيحكم بهذه العقوبة على الجاني كلما توفرت أركان الجريمة إلا إذا كان هناك سبب يمنع من الحكم بالقصاص والأسباب التي تمنع الحكم بالقصاص ليس فيها سبب واحد متفق عليه كلها تختلف فيه ولكن بعضها أخذ به معظم الفقهاء والبعض أخذ به أقلهم وسندكرها جميعاً فيما يلي :

١٥٤ - أولاً : أن يكون القتل جزءاً من القاتل : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(١) إذا كان القاتل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص ، ويكون القتل جزءاً من القاتل إذا كان ولده ، فإذا قتل الأب ولده عمداً فلا يعاقب على قتله بالقصاص لقوله عليه السلام : « لا يقاد الوالد بولده » ولقوله « أنت ومالك لأبيك » والحديث الأول صريح في منع القصاص والحديث الثاني وإن لم يكن صريحاً في منع القصاص إلا أن نصه يمنع منه لأن تملك الأب ولده وإن لم تثبت فيه حقيقة الملكية تقوم شبهة في درء القصاص إذ القاعدة في الشريعة « درء الحدود بالشبهات » .

أما الولد فيقتص منه لوالده سواء كان أباً أو أما إذا قتله طبقاً للنصوص العامة لأن النص الخاص لم يخرج من حكم النصوص العامة إلا الوالد فقط ويعملون هذه التفرقة في الحكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع في جانب

(١) بدائع من تلخيص ص ٢٣٥ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ، والمغني ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها .

الولد أشهر منها في جانب الوالد لأن الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه دون أن ينتظر نفعاً منه إلا أن يحجب ذكره ، وهذا يقتضي الحرص على حياته أما الولد فيحب والده لنفسه لا لوالده أى أنه يحبه لما يصل إليه من منفعة عن طريقه وهذا لا يقتضي الحرص على حياة ولده لأن مال والده كله يؤول إليه بعد وفاته وحبه لنفسه يتعارض مع الحرص على حياة والده^(١) ويعلل البعض^(٢) التفرقة في الحكم بأن الوالد كان سبباً في إيجاد الولد فلا يصح أن يكون الولد سبباً في إعدامه وهو تعليل يراه البعض بعيداً عن الفقه لأن الأب إذا زنى بابنته يرحم فتكون سبب إعدامه مع أنه سبب وجودها والحقيقة أن الابن والبنت ليسا سبب إعدام الأب وإنما ارتكاب الأب للجريمة في كل حال كان سبب إعدامه^(٣) ويدخل تحت لفظي الوالد والولد باتفاق الفقهاء الثلاثة كل والد وإن علا وكل ولد وإن سفل فيدخل تحت الوالد الجد أب الأب والجد أب الأم وإن علا^(٤) ويدخل تحت الولد ولد الولد وإن سفلوا

وحكم الأم هو حكم الأب فإذا قتلت الأم ولدها فلا يقتص منها لأن النص جاء بلفظ الوالد وهي أحد الوالدين فاستوت في الحكم مع الأب فضلاً عن أنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها ولأحد رأى آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها ويعلل هذا الرأي بأن الأم لا ولاية لها على ولدها فتقتل به ويرد على هذا الرأي بأن الولاية لا تدخل لها في منع القصاص بدليل أن الأب لا يقتص منه إذا قتل ولده الكبير مع أنه لا ولاية له على ولده^(٥).

والجدة كالأم فيما سبق سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم فحكمها

(١) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٢٣٥

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٥٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٤) يرى الحسن بن حى أن الجد لا يدخل تحت لفظ الوالد ويرد عليه بأن الحكم يتعلق

بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد ومن ثم كان الجد والدآ .

(٥) مغنى ج ٩ ص ٣٦١ .

حكم الجد ويمتنع القصاص عن الوالد سواء كان مساوياً للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لأن انتفاء القصاص أساسه شرف الأبوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل الرقيق ولده الحر فلا قصاص لشرف الأبوة ومكاتها^(١) ولأحمد رأى آخر غير معمول به ماخصه : أن الابن لا يقتل بوالده لأنه لما لا تقبل شهادة له بحق النسب فلا يقتل به كما لا يقتل الأب بولده حيث لا تقبل شهادة له ورد هذا الرى بأن النصوص العامة تقتضى بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذى جاء قاصراً على الولد . وأن الوالد أعظم حرمة وحقاً على الابن من أى شخص أجنبي فإذا كان الابن يقتل بالأجنبي فبالأب أولى كذلك فإن الابن يحد بقذف الأب فيقتل به^(٢).

ويخالف مالك الفقهاء الثلاثة ، ويرى قتل الوالد بولده كلما انتفت الشبهة في أنه أراد تأديبه أو كلما ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه أراد قتله ، فلو أضعفه فذبحه أو شق بطنه أو قطع أعضائه فقد تحقق أنه أراد قتله ، وانتفت شبهة أنه أراد من الفعل تأديبه ، ومن ثم يقتل به ، أما إذا ضربه مؤدباً أو حانقاً ولو بسيف أو حذفه بحديدة أو ما أشبه فقتله فلا يقتص منه ، لأن شفقة الوالد على ولده وطبيعة حبه له تدعو دائماً إلى الشك في أنه قصد قتله وهذا الشك يكفي لدرء الحد عنه^(٣) فلا يقتص منه ، وإنما عليه دية مغلظة .

والقتل كما جاء في المدونة من الدم لا من الخطأ فهو في حال القاتل لا تحمل العاقلة منه شيئاً^(٤).

والأصل أن الخطأ فيه دية مخففة لادية مغلظة ، وأن للدية المغلظة ، هي العقوبة البدلية التى تحل محل القصاص ، أى عقوبة الدم ، فهل اعتبر مالك

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦١

(٢) مغنى ج ٩ ص ٣٦٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ والمدونة ج ٦ ص ١٠٦ - ١٠٨ .

(٤) صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ من المدونة ج ١٦ .

الفعل قتلًا عمدًا ودرأ القصاص للشبهة ؟ طبقا لقوله عليه السلام « ادروا الحدود بالشبهات » ومن ثم رأى القضاء بالدية المغلظة بدلا من القصاص ، أم أنه اعتبر الفعل قتلًا خطأ ورأى تغليظ الدية لشناعة الجريمة ؟ الراجح أن الفعل يعتبر قتلًا عمدًا . وأن القصاص درء للشبهة المتمكنة في القصد كما سنبينه بعد ، على أنه يمكن القول باعتبار الفعل خطأ ثم تغليظ الدية لشناعة الجريمة ، والأم في ذلك مثل الأب في الحكم في حالة تغليظ الدية ، ومثل الوالد الجد ومثل الولد ولد الولد . وهناك رأى ثالث بأن مالكا اعتبر الفعل قتلًا شبه عمد وأنه لم يسلم بالقتل شبه العمد إلا في هذه الحالة ، وهو رأى له سند في المذهب ، وإنما جاء به أصحابه تعليلا للحكم ، ولاشك أن أحد العقابين السابقين أجدر منه بالقبول وأقرب إلى المبدأ الذي قام عليه المذهب .

وبهذه المناسبة يحسن أن نفصل القول عن تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات في جريمة القتل ، فمعنى هذه القاعدة أن كل شبهة قامت في فعل الجاني أو قصده يترتب عليها درء الحد إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، ويعاقب الجاني بدلا من عقوبة الحد بعقوبة تعزيرية ، ومن السهل تطبيق هذه القاعدة في جرائم الحدود جميعا على هذه الصورة ، ولكن تطبيق القاعدة في جرائم القتل نادر مع إمكانه ، فهي تقريبا معطلة التطبيق وإن كانت في الواقع تطبق معنى لاصورة ، لأن القتل وهو فعل واحد قسم إلى أنواع مختلفة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ففي العمد إذا قامت الشبهة في الفعل فإنه لا يمكن درء الحد بالشبهة لأن الفعل بعد قيام الشبهة يكون قتلًا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة في القصد ، فإن الفعل يكون قتلًا شبه عمد ، وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة ، وكذلك إذا كان الفعل قتلًا شبه عمد ، فقامت الشبهة في الفعل أو القصد ، فإن الفعل يعتبر قتلًا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة في القتل الخطأ فإن الفعل يعتبر جرحا خطأ ، فالشبهة في القتل تحوّل نوع القتل إلى ما هو أدنى منه ، وتدرأ الحد الأعلى بالحد الأدنى ، فكأن القاعدة تطبق معنى لاصورة ،

وليس لتطبيق القاعدة مجال عند مالك ، لأنه يقسم القتل إلى نوعين فقط عمد وخطأ ، لأن مالا يعتبر عمدا عنده يعتبر خطأ ، فإذا قامت الشبهة في القصد أو الفعل اعتبر العمد قتلاً خطأً أو جرحاً .

قتل الرجل بزوجته :

ويقس الأئمة بن سعد والزهرى الزوج على الأب . فالابن وماله ملك لأبيه طبقاً لحديث الرسول . والزوجة ملك للزوج بعقد النكاح ، فهي أشبه بالأمّة . فإذا منعت شبهة الملك القصاص هناك ، منعت كذلك هنا . ولكن جمهور الفقهاء لا يرون هذا الرأي وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة . فعندهم أن الزوجين شخصان متكافئان فيقتل كل منهما بقتل الآخر كالأجنيين ، وما يقال من أن الزوج يملك الزوجة غير صحيح ، فهي حرة ولا يملك منها الزوج إلا متعة الاستمتاع ، فهي أشبه بالمستأجرة وفضلاً عن هذا فإن النكاح ينقذ لها عليه كما ينقذ له عليها ، بدليل أنه لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وتطالبه في حق الوطء بما يطالبها ، ولكن له عليها فضل القوامة التي جعل الله عليها بما أنفق من ماله ، أي بما وجب عليه من صداق ونفقة ، ولو أورث هذا شبهة لأورثها في الجانبين لا في جانب واحد .

١٥٥ — ثانياً : يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون الجنى عليه مكافئاً للجاني ، فإن لم يكن مكافئاً امتنع الحكم بالقصاص ، ويعتبر الجنى عليه مكافئاً للجاني عندهم ، إذا لم يفضل الجاني بحرية أو إسلام ، فإذا تساوى في الحرية والإسلام فهما متكافئان ، ولا عبرة بعد ذلك بما بينهما من فروق أخرى فلا يشترط التساوى في كمال الذات ، ولا سلامة الأعضاء ، ولا يشترط التساوى في الشرف والفضائل ، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها والصحيح بالريض والأمثل والكبير بالصغير والقوى بالضعيف ، والعالم بالجاهل . والمائل بالمجنون والأمير بالمأمور ، والذكر بالأُنثى . الخ .

ولاحلاف بين الفقهاء في قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى :

« الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني » ولكنهم اختلفوا في تفسير هذه الآية ، فمنهم من رأى أنها تعرضت لحكم النوع إذا قتل نوعه ؛ ولكنها لم تعرض لأحد النوعين إذا قتل النوع الآخر ، ومن ثم فقد اختلفوا في ذلك إلى رأيين .
الرأى الأول يرى أصحابه - وهو رواية عن علي بن أبي طالب - يرى أصحاب هذا الرأى بأن الرجل يقتل بالمرأة أو يعطى أولياؤه نصف الدية وحجة هذا الفريق أن النص لم يتعرض إلا لحكم النوع إذا قتل نوعه . وإن دية المرأة نصف دية الرجل ، فإذا قتل بها بقى له بقية فيستوفى ممن قتله ^(١) وأن أرادوا استحيوه وأخذوا منه دية المرأة

وإذا قتلت امرأة رجلا ، فإن أراد أولياؤه قتلها قتلوها وأخذوا نصف الدية وإلا أخذوا دية صاحبهم واستحيوها .

ويقول القرطبي : إن أبا عمر علق على هذا الرأى بقوله : إذا كانت المرأة لاتكافئ الرجل ، ولا تدخل تحت قول النبي : « للمسلمون تنكافأ دماؤهم » فلم قتل الرجل بها وهى لاتكافئه ؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لاتجتمع مع القصاص ؟ وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص ^(٢) وأصحاب الرأى الثانى يرون أن الذكر يقتل بالأثني كما تقتل الأثني بالذكر . ومن هذا الرأى الأئمة الأربعة وحجتهم قوله تعالى : « الحر بالحر » وقوله عليه السلام : « المسلمون تنكافأ دماؤهم » وأنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب القرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة ، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر ، فيقتل كل منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شئ ، لأنه قصاص واجب ، فلا تجب معه الدية كسائر القصاص واختلاف البديات لاعبرة به في القصاص ، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد ، والنصرانى بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(١) المنقح ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٢) القرطبي ج ٢ ص ٢٤٨ .

ومذهب الشيعة الزيدية أنه إذا قتلت امرأة رجلاً وجب أن تقتل المرأة بالرجل ولا يزيد شيء على قتلها ، وإذا قتل الرجل المرأة قتل الرجل بها ، ويستوفى ورثته - أى أولياء الدم - نصف دية ، ولا يجب القصاص إلا بشرط التزامهم ذلك وبشرط التكافؤ فى الجنى عليه لافى الجانى ، فإذا كان الجنى عليه لا يكافئ - الجانى امتنع القصاص كأن يكون القاتل مسلماً والقتيل كافراً ، أو كان القاتل حراً والقتيل عبداً ، ولكن التكافؤ لا يشترط فى الجانى ، فإن كان الجانى لا يكافئ - الجنى عليه ، فإن هذا لا يمنع من القصاص ، لأن شرط التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى . ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى ، فإذا قتل : الكافر مسلماً أو العبد حراً قتل به على الرغم من انعدام التكافؤ بينهما ، لأن النقص فى الجانى وليس فى الجنى عليه ، والنقص هو الكفر والعبودية ، والزيادة هى الإسلام والحرية .

١ - الحرية : يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد . أن الحر لا يقتل بالعبد . لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « من السنة أن لا يقتل حر بعبد » أو كما يروى عن ابن عباس « لا يقتل حر بعبد » ويرون أن العبد منقوص بالرق فلا يكافئ الحر . والمسكافاة بالحرية شرط عندهم فى الجنى عليه لافى الجانى ، فإذا كان الجنى عليه حراً والجانى عبداً اقتص من الجانى ، وإذا كان الجنى عليه عبداً والجانى حراً لم يقتص من الجانى^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى القصاص بين الأحرار والعبيد ولا يشترط التكافؤ فى الحرية للقصاص ، ويستوى عنده أن يكون الحر هو القاتل للعبد أو العبد هو القاتل للحر ، فالقصاص واجب الحكم به على الجانى فى الحالين .

ولكن أبا حنيفة^(٢) يرى استثناء أن لا يقتل السيد بعبد ، فإذا كان القتيل مملوكاً للقاتل أو كان للقاتل فيه شبهة الملك ، امتنع القصاص من القاتل لقوله

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ، المغنى ج ٩ ص ٢٨٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ .

صلى الله عليه وسلم « لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبد » وعلة المنع أنه لو وجب القصاص لوجب للسيد ولا يمكن أن يكون القصاص له وعليه ، هذا إذا كان يملكه كله ، فإن كان يملك بعضه ، فلا يقتص منه ، لأن القصاص عقوبة لا تتبع ، فلا يمكن استيفاء بعضها دون بعض . وإذا كان له شبهة الملك فيه لا يقتص منه ، لأن الشبهة فيما يقتص منه تالحق بالحقيقة درأاً للحد أما إذا قتل العبد سيده فإنه يقتص منه ، لأن معنى القصاص عام ، ولم يستثن منه إلا قتل السيد لعبد ، وظاهر مما سبق أن أبا حنيفة يتفق مع الأئمة الثلاثة في قتل السيد لعبد ، ويختلف معهم فيما عدا ذلك .

وهناك من يرى أن يقتص من السيد إذا قتل عبده ، فالنخعي وداود يريان قتل السيد بعبد لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه ومن جده جده » (١) .

هذه خلاصة آراء الفقهاء في التكافؤ بين الحر والعبد . رأينا الإتيان بها لإعطاء فكرة عن أحكام الشريعة في هذه الناحية ، ونحن نعلم أن الرق قد أبطل اليوم ، فلا سيد ولا مسود ، ولعل أول شريعة دعت إلى إبطال الرق وحشت عليه هي الشريعة الإسلامية .

ب - الإسلام . قتل المسلم بغيره : يرى مالك والشافعي ، أن المسلم لا يقتل بكافر أياً كان إذا قتله ، لأن الكافر لا يكافئ المسلم ، ولكن الكافر يقتل بالمسلم إذا قتله ، لأنه قتل الأدنى بالأعلى ويرون تطبيق هذا الحكم على الذميين ولو أنهم يؤدون الجزية ، وتجري عليهم أحكام الإسلام ، وحجتهم ، أن التكافؤ في الإسلام شرط وجوب القصاص وأن المكفر نقصان ، فإذا وجد الكفر امتنعت المساواة ، ويمتنع وجوب القصاص ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المسلمون متكافؤ دماً وهم ويسى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

ولأن في عصمة الأُمى شبهة العدم لثبوتها مع قيام المناق وهو الكفر - والأصل في الكفر أنه مبيح للدم، ولكن عقد الذمة منع الإباحة فبقاء الكفر يورث الشبهة والشبهة تدرك الحد، وإذا كان المسلم لا يقتل المستأمن وهو كافر فكذلك الذمي^(١).

ويرى أبو حنيفة أن المسلم يقتل بالذمي وأن الذمي يقتل بالمسلم لأن النصوص التي جاءت بمقوِّبة القصاص عامة فالله تعالى يقول: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ويقول: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ ويقول: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتل وقيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل ولقد قال الله تعالى: ﴿ولسكم في القصاص حياة يا أولى الألباب﴾ وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لأن العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب فكانت الحاجة إلى الزاجر أمس، وكان فرض القصاص أبلغ في تحقيق معنى الحياة ويخالف الإمام مالك زميله، فيرى قتل المسلم بالذمي إذا قتله غيلة، والغيلة هي أن يخذعه غيره ليدخله موضعاً يأخذ ماله.

والقتل الغيلة هو نوع من الخرابة عند مالك، ولا يمتد به الشافعي، وأحد وأبو حنيفة^(٢) فإن للقتل الغيلة حكماً خاصاً، فهو قتل فيه القصاص إن توفرت شروطه، وإذا كان مالك يقيسه على الخرابة فإنهم لا يرون ذلك^(٣).

كذلك يحتجون بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال: أنا أحق من وفي بذمته، ويفسرون حديث لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهد، بأن المراد من الكافر المستأمن وأن «ذو عهد، معطوف

(١) مواهب الجليل، ج ٦ ص ٢٣٦ ومابعدهما - المذهب ج ٢ ص ١٨٥ المعنى. ج ٩ ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ٣٣٣.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣.

على مؤمن فمعنى الحديث : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد بكافر .

ويردون على القول : بأن في عصمة الذي شبهة العدم ، بأن دم الذي حرام لا يحتمل الإباحة بحال مع قيام الذمة ، وأنه بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام ، وأن الكفر ليس مبيحاً على الإطلاق ، وأن الكفر المبيح هو الكفر الباعث على الحرب ، وكفر الذي ليس بباعث على الحرب فلا يكون مبيحاً ، كذلك فإن المساواة في الدين ليست بشرط لاقصاص ، لأن الذي إذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل فإنه يقتل به قصاصاً كما يسلم به الجميع ولا مساواة بينهما في الدين وقد قال على رضى الله عنه ، إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كعصمة دم المسلم وماله ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذي ولو كان في عصمته شبهة لما قطع المسلم ، كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن ، لأن المال تبع للنفس ، وأمر المال أهون من النفس ، فلما قطع بسرقة كان أولى أن يقتل بقتله ، لأن أمر النفس أعظم من المال^(١) .

ورأى أبي حنيفة يتفق مع القوانين الوضعية الحديثة ، فهي لا تفرق في العقوبة لاختلاف الدين ، والقانون المصرى لا يفرق بين ذمى ومسلم فكلهما يقتل بالآخر .

قتل المسلم في دار الحرب . يرى أبو حنيفة أنه إذا قتل مسلم حربياً أسلم وبقي في دار الحرب ، فلا قصاص على القاتل ، لأنه وإن قتل مسلماً ، إلا أن المقتول من أهل دار الحرب . فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة في عصمته لأنه إذا لم يهاجر إلى دار الإسلام فهو مكثر سواد الكفار ، ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول ، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً وهذا هو الذى أورثه الشبهة ، ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً^(٢) للشبهة ولتعذر الاستيفاء .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٧ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٢٧ .

أما الأئمة الثلاثة ، فيرون القصاص سواء كان القتل في دار الحرب أو دار الإسلام ، وسواء هاجر القاتل أم لم يهاجر^(١)

قتل الكافر بغيره : وإذا قتل الذمي مسلماً قتل به اتفاقاً . لأنه في رأى أبي حنيفة قتل داخل تحت النصوص العامة ، وعند الأئمة الثلاثة يقتل به منع وجود التفاوت . لأنه تفاوت إلى النقض ولا يمنع القصاص إلا التفاوت إلى زيادة ، ولا يعتبر قتل الذمي للحربي جريمة اتفاقاً ، لأن الحربي مباح الدم على الإطلاق^(٢) .

ولا يقتل الذمي بالمستأمن عند أبي حنيفة ، لأن عصمة المستأمن ليست مطلقة ، بل هي مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام . إذ المستأمن أصلاً من أهل دار الحرب ، وإنما دخل دار الإسلام لعارض على أن يعود إلى وطنه الأصلي ، فكانت في عصمته شبهة العدم ، ويرى أبو يوسف أنه يقتل به قصاصاً لقيام العصمة وقت القتل^(٣)

ويقتل المستأمن بالمستأمن عند أبي حنيفة قياساً ، ولا يقتل قياساً لقيام المييح^(٤) ويرى مالك والشافعي وأحمد ، أن الكفار يقتلون بعضهم ببعض دون تفريق ، فالذمي يقتل بأي كتابي أو مجوسي أو مستأمن^(٥) ولو اختلفت ديانتهم

١٥٦ - ثالثاً : إذا لم يباشر الجاني الجناية ولكنه عاون عليها أو حرص عليها : -

محل هذا الشرط أن يتعدد الجناة ، لأن الجاني الواحد يباشر الجناية بنفسه ، سواء كان القتل مباشرة أو تسبياً ، أما إذا تعدد الجناة فإن بعضهم قد يباشر الجناية بنفسه وبعضهم قد يعين المباشرين ، وبعضهم قد يحرض على الجناية .

(١) المنى ج ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) المنى ج ٩ ص ٣٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٥) واهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٧ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٤ . المنى ج ٩ ص ٣٤٢ .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أن تعدد الجناة لا يمنع من الحكم عليهم بالقصاص مادام كل منهم قد باشر الجناية^(١) وإذا كان القصاص يقتضي المائلة فإن المائلة شرط في الفعل لا في عدد الجناة والجنى عليهم، وأحق ما يحمل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل الاجتماع، فلو لم يحمل فيه القصاص لانسد باب القصاص، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إليه ليظل القصاص عن نفسه، وفي هذا ما يفوت الغرض من فرض القصاص وهو الحياة ومنع القتل، قال الله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾.

وهناك رواية عن أحد: بأن القصاص يسقط عن الجناة إذا تعددوا وتجب عليهم الدية، ويرى ابن الزبير وابن سيرين وآخرون: أن يقتل من القاتلين واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية، وحجتهم في عدم القصاص من الجمع أن كل واحد منهم مكافئ للجانى، فلا يستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات للمقتول واحد. وأن الله تعالى قال ﴿الحر بالحر﴾ و﴿النفس بالنفس﴾ ومقتضاه أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة^(٢).

وإذا كان الفقهاء الأربعة قد اتفقوا على القصاص من الجماعة للفرد إذا باشروا القتل فإنهم اختلفوا في حالة الإعانة على القتل أو التحريض عليه، والمسائل المختلف عليها أربع: أولها - الإعانة في حالة التماؤ، ثانیها - إمساك القتيل للقاتل ثالثها - الأمر بالقتل، وابعها - الإكراه على القتل.

أولا الإعانة في حالة التماؤ:-

ذكرنا قبلا أن التماؤ عند أبي حنيفة هو التوافق. وأن باقى الأئمة يرون التوافق قتلا على الاجتماع لا تماؤ فيه، وأن التماؤ عندهم هو الاتفاق السابق على ارتكاب جريمة القتل، والفرق بين الحالين أن المياشرين في حالة الاتفاق يعتبر

(١) راجع الفقرات من ٥٢ إلى ٥٤.

(٢) راجع المفتى ج ٩ ص ٣٣٦، ٣٣٧.

كل منهم قاتلاً ، ولو كان فعله بالذات غير قاتل ، ما دام للوت كان نتيجة أفعال الجميع ، أما في حالة التوافق فلا يعتبر المباشر قاتلاً إلا بشروط بينهاها عند الكلام على القتل على الاجتماع .

ولا خلاف في أن القاتل في الحالين يقتص منه ولو تعدد المباشرون ، سواء كان اجتماعهم على القتل نتيجة اتفاق سابق أو توافق غير منتظر .

ولكن الخلاف في حكم من اتفق ولم يحضر القتل ، أو أعان عليه ولم يباشره . فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يزون القصاص من المباشر فقط ، وتعزيز من لم يباشره ، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشره من أعان ولم يباشره ، كأن كان ربيعة أو حارساً للأبواب ، أما من اتفق ولم يحضر فعليه التعزير في الراجح . ويشترط فيمن حضر أو من أعان أن يكونوا بحيث لو استعان بهم أعانوا ، أو إذا لم يباشره أحد المتماثلين باشره الآخر فشرط القصاص إذن أن يكون المتماثل غير المباشر في محل الحادث أو على مقربة منه ، وليس من الضروري أن يباشره القتل بنفسه^(١) .

وقد جاء في فتاوى ابن تيمية^(٢) أمثلة على هذه الحالات المختلفة ، ففيها إذا اشترك جماعة في قتل مصوم « أي محرم القتل » بحيث أنهم جميعاً لو باشروا قتله ، وجب القود - أي القصاص - عليهم جميعاً ، وإن كان بعضهم قد باشر وبعضهم قائم بحرس المباشر ويعاونه ففيها قولان ، أحدهما - لا يجب القود إلا على المباشر وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، والثاني - يجب على الجميع وهو قول مالك وجاء في الفتاوى أيضاً : أنه إذا اشترك أولاد رجل مع أجنبي في قتل والدم جاز قتلهم جميعاً ، فقتل المباشر باتفاق الأئمة ، وأما الذين أعانوا بمثل إدخال الرجل إلى البيت وحفظ الأبواب ونحو ذلك ، ففي قتلهم قولان : وقتلهم مذهب مالك

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ ، القصاص ص ١٢٧ وما بعدها أحكام المرأة ص ٥٨٤ وما بعدها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ١٨٧ ، ١٨٨ سنة ١٣٢٩ هـ بمصر مطبعة كردستان .

وغيره ، وجاء في الفتاوى أيضاً : إذا وعد رجل رجلاً آخر على قتل معصوم بمال معين فقتله وجب القتل على الموعود . وأما الواعد فيجب أن يعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا ، وعند بعضهم يجب عليه القود .

ثانياً — إمساك القاتل للقاتل :

إذا أمسك رجل آخر فجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية على المسك ، إذا لم يمسه بقصد القتل أو لم يكن يعلم أن القاتل سيقتله ، أما إذا أمسكه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف في القصاص من الثالث أى مباشر القتل ، ولكنهم اختلفوا في المسك على الوجه الذى سنبينه بعد .

فمالك^(١) يرى قتل المسك قصاصاً إذا أمسك القاتل لأجل القتل فقتله الطالب وهو يعلم أن الطالب سيقتله ، لأنه بإمساكه تسبب في قتله ، ويشترط البعض أن يكون لولا الإمساك ما أدركه الطالب ، ولا يشترط البعض هذا الشرط^(٢) فإن أمسكه ليضربه الطالب ضرباً معتاداً أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلاً ، أو كان قتله لا يتوقف على الإمساك ، فعقاب المسك هو التعزير وليس القصاص .

ويلحق مالك بالمسك الدال على القاتل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه^(٣)

ويرى أبو حنيفة^(٤) والشافعى^(٥) تعزير المسك ولو أمسك الجنى عليه بقصد القتل وهو عالم بأنه سيقتل ، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل المسك تسبب ، وقد تغلبت المباشرة على السبب وقطعت أثره ، كما أن السبب غير ملجئ . وفي مذهب أحمد^(٦) — رأيان : أولهما — يرى القصاص من المسك ، لأنه لو لم

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٧ .

(٢) القصاص ص ١٣٢ (٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ . (٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ .

(٦) الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٥ وما بعدها .

مسك القتل ما قدر الطالب على قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شر يكان فيه
وعليهما القصاص ، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل المسك نسيباً فإنهما قد
تعادلا واشتركا في إحداث الموت وهذا الرأي يتفق مع مذهب مالك وهو الرأي
المرجوح في مذهب أحمد .

أما الرأي الثاني : فيرى أصحابه حبس المسك حتى الموت ، لما روى عن
ابن عمر عن النبي عليه السلام قال : « إذا مسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل
الذى قتل ويحبس الذى أمسك لأنه حبسه إلى الموت » ولأن علياً رضى الله عنه
قضى بقتل القاتل وحبس المسك حتى يموت .
ويرى البعض أن مدة الحبس متروكة تقديرها لولى الأمر ، لأن الحبس نوع
من التعزير وليس حداً^(١) .

وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأي الثانى في مذهب أحمد يتفق مع مذهب
أبى حنيفة والشافعى ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم ، فلا يقصرونه على الإمساك باليد
فيدخل تحته منع القتل من مبارحة مكانه بأى وسيلة كانت حتى يتمكن منه القاتل
أو حبس القتل في مكان لا يستطيع الخروج منه ، فإذا اتبع رجل آخر ليقته
فهرب منه فقابلته ثالث فقطع رجله ثم أدركه الطالب فقتله ، فإن كان الثالث
قطع رجله ليحبسه عن الهرب حتى يلحق به الطالب فحكمه حكم المسك فيما
يتعلق بالقتل لأنه حبسه بفعله على القتل ، ثم هو مسؤول بعد ذلك عن القطع
عمداً^(٢) .

ثالثاً — الأمر بالقتل : يفرق الفقهاء بين الأمر بالقتل والإكراه على
القتل ، ففي الأمر بالقتل لا يكون المأمور مكرهاً على إتيان الجريمة فيأتيها مختاراً
وإذا كان قد أمر بإتيانها فإن الأمر ليس له أثر على اختياره وقد يكون الأمر
ذا سلطان على المأمور كالأب يأمر ولده الصغير ، والحاكم يأمر من هو

(١) أحكام المرأة ص ٥٨٣ ، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

(٢) الشرح الكبير ص ٩٠ س ٣٤٤ .

تحت إمرته ، وقد لا يكون له سلطان عليه ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الأمر مجرد تحريض على إتيان الجريمة . ولكل حالة من هذه الحالات حكمها فإذا كان المأمور غير مميز كصبي أو مجنون ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الأمر لأنه هو المتسبب في القتل وإن كان المأمور هو الذي باشره فاهو إلا آلة للأمر يحركها كيف شاء^(١) ، ولا يرى أبو حنيفة القصاص من الأمر لأنه تسبب في القتل ولم يباشره ، والتسبب عند أبي حنيفة لا قصاص فيه . وإذا كان المأمور بالغا عاقلا ولا سلطان للأمر عليه ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من المأمور ، أما الأمر فعليه التعزير ، ويرى مالك القصاص من الأمر أيضا إذا حضر القتل ، وهذا يتفق مع رأيه في التالمز ، فإذا لم يحضره فعليه التعزير ، وينبغي أن يلحق بحضور القتل الإعانة عليه ، لأن المعين عند مالك يقتص منه^(٢) .

وإذا كان المأمور بالغا عاقلا ، وكان للأمر سلطان عليه ، بحيث يخشى أن يقتله لو لم يطع الأمر فيقتص من الأمر ، والمأمور معا عند مالك ، لأن الأمر في هذه الحالة يعتبر إكراها ، فإن لم يكن المأمور يخشى القتل إذا لم يطع الأمر فالقصاص على المأمور وحده ويعزز الأمر إذا كان المأمور يعلم أن القتل بغير حق ، فإن كان يعتقد أن القتل بحق ، فالقصاص على الأمر دون المأمور لأنه معذور في طاعة الأمر ، هذا إذا كان الأمر من حق الأمر كوال أو سلطان فإن لم يكن من حقه ، فالقصاص على المأمور ، لأن الطاعة لا تلزمه ، ولأن الأمر ليس له الأمر بالقتل . بخلاف السلطان فله الأمر بالقتل وطاعته واجبة في غير معصية^(٣) .

ويتفق رأي أحد فيما سبق مع رأي مالك تمام الاتفاق^(٤) ويتفق رأي الشافعي معهما كذلك إلا أنه في المذهب رأيان في المأمور في حالة اعتبار الأمر

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٩ ص ٣٤٢ المذهب ج ٢ ص ١٨٩ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ .

(٢) نفس المراجع السابقة .

(٣) الشرح الكبير للدردير والمدة ج ١٦ ص ٤٤ ، ٤٤ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

إكراها أحدها يرى أصحابه القصاص من الأمر دون المأمور والثاني وهو الأصح يرى أصحابه القصاص منهما معاً^(١)

وعند أبي حنيفة يقتص من الأمر في حالة الإكراه فقط لأن المأمور كان معه كالآلة يحركها كيف يشاء فكأنه باشر القتل بنفسه فإذا لم يكن الأمر إكراها فلا قصاص على الأمر لأنه لم يباشر القتل بنفسه أما المأمور فيقتص منه إذا لم يكن مكرها وكان الأمر صادرا له عن لاحق فيه فإن كان صادرا من يملكه فلا قصاص ولو كان المأمور يعلم أن الأمر غير محق لأن الأمر يكون شبهة تدرأ القصاص^(٢).

رابعاً : الإكراه على القتل : تكلمنا عن الإكراه في الجزء الأول من هذا الكتاب ولا نرى ما يدعو لتكرار القول ولكننا نلخص آراء الفقهاء في نوع عقوبة كل من الحامل أى المكره وذلك مانحن في حاجة إليه في هذا المقام .

مذهب مالك وأحمد والرأى الصحيح في مذهب الشافعى على أن القصاص واجب على المكره والمكره معاً لأن الحامل أى المكره تسبب في القتل بمعنى يفضى إليه غالباً ولأن المباشر أى المكره قتل الجنى عليه ظمناً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطر للأكل فقتله لئلا يكله والقول بأنه مباحاً غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه^(٣).

وعند أبى حنيفة ومحمد أن القصاص يجب على الحامل دون المباشر لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وعفو الشيء عفو عن موجب فظاهر الحديث يدل على أن الفعل المستكره عليه معفو عنه بالنسبة لمن باشره ولأن الحامل هو القاتل معنى وإن كان المباشر هو الذى قتل صورة إذ المباشر كان آلة للحامل يحركه كما يشاء^(٤) وهذا الرأى يتفق مع الرأى الضعيف

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، راجع مع ذلك القصاص ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

وأحكام المرأة ص ٥٨٢ .

(٣) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٦ - المغنى ج ٩ ص ٣٣١ المهذب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

في مذهب الشافعي .

ويرى زفر أن القصاص على المباشر فقط لأنه هو القاتل حقيقة حسا ومشاهدة^(١)
ويرى أبو يوسف أن لاقصاص على الحامل ولا على المباشر لأن المكره مسبب
للقتل ولاقصاص على متسبب وإذا لم يجب القصاص على الحامل فأولى أن لا يجب
على المباشر^(٢) .

التفرقة بين الفاعل والشريك : ونخلص مما سبق أن الفقهاء يفرقون بين
المباشر للجريمة ومن اتفق أو أعان أو حرص عليها فال مباشر هو من ارتكب
الجريمة وحده أو مع غيره أو أتى عملا من الأعمال المكونة للجريمة ومن المتفق
عليه أن عقوبة المباشر هي القصاص أما من اتفق أو أعان أو حرص أى من
اشترك في الجريمة فحكمهم ليس واحداً فمن اتفق أو حرص فجزاؤه التعزير
عند الأئمة عدا مالكاً أما من أعان فجزاؤه القصاص عند مالك والتعزير عند
باقي الأئمة .

والقانون المصري يفرق بين عقوبة المشاركين في القتل وعقوبة الفاعلين
الأصليين إذ تنص المادة (٢٣٥) عقوبات على أن المشاركين في القتل الذي
يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو بالاشغال الشاقة المؤبدة
أى أن القانون المصري يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولايسوى بينهما
وهذه هي وجهة نظر الفقهاء فكأن نص القانون في هذه المسألة تطبيق لنظرية
فقهاء الشريعة وإذا كان القانون قد أجاز الحكم بالإعدام فإن عقوبات التعزير
من ضمنها عقوبة الإعدام .

١٥٧ - هل يؤثر إعفاء أحد الفاعلين من القصاص على عقوبة الباقيين ؟

علمنا مما سبق أن تعدد القاتلين لا يمنع من الحكم عليهم بعقوبة القصاص جزاء
على جريمة القتل العمد ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن نسبة
القتل الممد إليه كمن يحدث بالجنح عليه إصابة قاتله خطأ أدت مع إصابات المتعمدين

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

إلى الوفاة لذلك يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن أن يعاقب بالقصاص طبقاً للقواعد كالصغير والمجنون فهل يؤثر إعفاء الخطيء والصغير والمجنون من عقوبة القصاص على مركز بقية الفاعلين فلا يقتص منهم أيضاً ؟ ذلك ماسنفسله فيما يأتي :

إن إعفاء أحد الفاعلين أو بعضهم من القصاص يرجع إلى حالتين لاثالث لهما الأولى : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفعل . الثانية : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفاعل .

الحالة الأولى : امتناع القصاص لصفة في الفعل : يمتنع القصاص عن الفاعل إذا لم يكن فعله موجباً للقصاص كأن كان فعله قتلًا خطأ أو قتلًا شبه عمد فإذا كان فعله هكذا قلنا إن القصاص امتنع عنه لصفة في فعله أو لعدم إيجاب الفعل للقصاص .

وقد انقسم الفقهاء إزاء هذه الحالة قسمين ، الأول : يرى أن امتناع القصاص عن أحد الفاعلين لأن فعله لا يوجب استلزام منع القصاص عن بقية الفاعلين ولو كان فعلهم موجباً للقصاص كالعمد مع الخطيء فإن الخطيء لا يقتص منه أصلاً لأن فعله لا يوجب القصاص والعمد يقتص منه لأن فعله يوجب القصاص ولا كنهما إذا اشتركا معاً في قتل امتنع القصاص عن العمد بامتناعه عن الخطيء لأنه من المحتمل أن يكون فعل الخطيء هو الذي أدى للقتل كما يحتمل أن يكون فعل العمد هو الذي أدى للقتل وقيام هذا الاحتمال شبهة توجب درء الحد عن العمد تطبيقاً لقاعدة : ادرؤوا الحدود بالشبهات وهذا الرأي هو مذهب أبي حنيفة والشافعي والرأي الراجح في مذهبي مالك وأحمد^(١) .

والثاني يرى أن إعفاء أحد الفاعلين من عقوبة القصاص لأن فعله لا يوجبها لا يؤثر شيئاً على عقوبة القصاص التي يستحقها باقي الجناة بأفعالهم ومادام أنهم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ . والفرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - المنقح ص ٣٧٩ وما بعدها .

تشاركوا في القتل عادين متممدين فعليهم عقوبة القصاص لأن كل إنسان يؤاخذ بفعله ولا أثر لفعل غيره عليه وهذا هو الرأي المرجوح في مذهبي مالك وأحمد .
وقد اتفق الفريق الأول في تطبيق القاعدة التي أقرها على العائد مع الخطيء فأجمع على عدم القصاص من شريك الخطيء ولو كان عامداً ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير، فمنهم من رأى تطبيقها في كل حالة لا يعاقب فيها أحداً الشركاء وهؤلاء هم الحنفية أو بعض فقهاء المذاهب الأخرى ومنهم من رأى تطبيقها فقط إذا كان فعل المعنى غير متمم فإِنْ كان متممداً فلا تنطبق القاعدة .

ومن المسائل التي اختلفوا عليها شريك نفسه وشريك السبع فأبو حنيفة يرى أن لاقصاص على الشريك لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص فلا يلزمه القصاص كشريك الخاطيء ويرى هذا الرأي أيضاً بعض فقهاء المذاهب الثلاثة - أما البعض الآخر فيرى القصاص على الشريك لأنه شارك من فعله عمد .

الحالة الثانية امتناع القصاص لصفة في الفاعل : تختلف هذه الحالة عن الحالة الأولى في أن القصاص هنا يمتنع عن أحد القاتلين لصفة فيه لا لصفة في الفعل وهذه الصفة المتوفرة في الفاعل يترتب عليها شرعاً أن لا يعاقب بالقصاص . ومثال ذلك اشتراك الأب في قتل ولده مع أجنبي فإن الأب لا يقتص منه لقتل ولده لصفة الأبوة القائمة فيه ومثاله أيضاً أن يقطع شخص يد آخر قصاصاً أو دفاعاً عن نفسه فيجئ ثالث ويخرج المقطوع جرحاً يؤدي مع القطع إلى موته فإن المقتص أو الدافع لا قصاص عليهما لصفة القصاص والدفاع المتوفرة فيهما والتي يترتب عليها شرعاً امتناع القصاص منهما .

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة أيضاً فأبو حنيفة يرى أن امتناع القصاص في حق أحد الشركاء يترتب عليه منع القصاص في حق الآخرين لاحتمال أن يكون القتل من فعل المعنى وهذا الاحتمال شبهة تدرك الحد عن

يجب عليهم القصاص ولأحمد رواية مرجوحة في المذهب تتفق مع هذا الرأي ومن هذا الرأي أيضاً بعض فقهاء مذهب مالك^(١).

ويرى الشافعي وفريق من فقهاء مذهب مالك ومذهب أحمد^(٢) أن إعفاء أحد الشركاء من القصاص لا يمنع القصاص عن الآخرين لأن القصاص امتنع عن الشريك لمعنى يخصه ولا يتوفر في باقي الشركاء فلا يتعدى إليهم مادام أنه غير قائم فيهم ولكن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في الصبي والجنون فبعضهم يرى أن شريك الصبي والجنون لا يقتص منه والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبي والجنون ويقولون إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبي والجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص في الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العامد مع الخطيء ولا يقتص منه فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل - والفريق الثاني يأخذ برأي الشافعي وهو أن عمد الصبي والجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد من الشريك ، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعمد الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العامد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته^(٣).

١٥٨ - رابعا القتل بالنسب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالنسب لا يوجد الحكم بالقصاص لأن القصاص قتل بطريق المباشرة فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أن أساس عقوبة القصاص الماثلة في الفعل^(٤) ويوجب الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقا بين القتل بالنسب والقتل المباشر فكلاهما قتل يعاقب عليه بالقصاص ورأيهم يتفق مع القانون المصري وغيره من القوانين الوضعية

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ٣٠١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الفرح الكبير

الدردير ج ٤ ص ٢١٩، ٢١٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المفاتيح ج ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها

المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) المفاتيح ج ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

١٥٩ - خامسا : أنه يكونه الولي مجرورا : - إذا كان ولي القتل.

مجهولا لا يجب الحكم بالقصاص في رأى أبى حنيفة لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له ^(١) ويخالف في ذلك باقى الأئمة .

١٦٠ - سادسا : أنه لا يكونه القتل في دار الحرب : - يرى

أبو حنيفة أن لا قصاص من القاتل إذا كان القتل في دار الحرب وهو يفرق بين حالتين ، حالة ما إذا كان القتل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام وحالة ما إذا كان القتل من دار الإسلام ولكنه دخل دار الحرب بإذن كالتاجر أو مضطراً كالأسير ففي الحالة الأولى لا عقاب على القاتل وفي الحالة الثانية عليه الدية في حالة التاجر ولا تجب عليه في حالة الأسير ويخالفه في هذا محمد وأبو يوسف وأساس التفرقة بين الحالين أن العصمة في الحالة الأولى محل شبهة لأن القتل وإن كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن ﴾ فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكث سواد الكفار ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً والخلاصة أن إسلامه لا يعصمه لأن العصمة عند أبى حنيفة لا تكون بالإسلام فقط وإنما بالإسلام وبمنعة الدار ، أما الحالة الثانية فليس فيها قصاص لأن الجريمة وقعت في مكان لا ولاية للمسلمين عليه والحدود يشترط للحكم بها عند أبى حنيفة القدرة على الاستيفاء وقت وقوع الجريمة ^(٢) .

أما مالك والشافعى وأحمد فيرون القصاص من القاتل سواء كان القتل في دار الإسلام أو في دار الحرب وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر مادام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القاتل لأنه قتل معصوماً بالإسلام ظلماً ^(٣)

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٣٧ .

(٣) الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

١٦١ - مري لزوم القصاص : وعقوبة القصاص لازمة إلا إذا رأى

ولى القتل العفو فإن عفا فلا قصاص ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى القتل أن يقتص من القاتل أو يعفو عنه إما على الدية أو مجانا ولكنهم اختلفوا في حالة ما إذا عفا الولي عن القصاص على أن يأخذ الدية فرأى مالك وأبو حنيفة أن عفو الولي لا يلزم الجاني بالدية إلا إذا قبل أن يدفعها في مقابل العفو عنه ورأى الشافعي وأحمد أن عفو الولي عن القصاص إلى الدية ملزم للجاني ولو كان العفو بغير رضاه وأساس الاختلاف أن مالكاً وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب عينا بينما الشافعي وأحمد يريان أن القصاص ليس واجباً عينا وأن الواجب هو أحد الشيثين غير عين، إما القصاص وإما الدية، وللولى خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضا القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلا من الدية. ويترب على اعتبار ادية والتعزير بدلا من القصاص نتيجتان : أولاها: أنه

لا يجوز للقاضى أن يجمع بين عقوبة وبدلها جزاء عن فعل واحد سواء كانت العقوبة المبدل بها عقوبة أصلية أو بدلا من عقوبة أصلية لأن الجمع بين البدل والمبدل يتنافى مع طبيعة الاستبدال ولكن يجوز الجمع بين عقوبتين بدليتين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمن ارتكب جريمة قتل لا يجوز الحكم عليه بالقصاص والدية أو القصاص والتعزير لأن الدية والتعزير كلاهما بدل من القصاص فلا يحكم بهما إلا إذا امتنع الحكم به فإذا امتنع الحكم بالقصاص جاز الحكم بالدية والتعزير مجتمعين أو منفردين لأن كلاهما بدل من القصاص كما يجوز الجمع بين القصاص وبين الكفارة وكلاهما عقوبة أصلية .

ويجوز الجمع بين العقوبة البدلية والعقوبة الأصلية مع بقاء القاعدة سليمة وذلك إذا تعددت الأفعال ولم تكن العقوبة البدلية المحكوم بها بدلا عن عقوبة أصلية محكوم بها كمن قتل ثلاثة أشخاص فحكم عليه بالقصاص لقتل أحدهم وبالدية لقتل الثانى لوجود مانع عن الحكم بالقصاص كأن كان القاتل ولد القاتل وبالتعزير لقتل الثالث لامتناع الحكم بالقصاص والدية كأن عفا ولى القاتل عن القاتل عفواً

مطلقاً في هذه الحالة اجتمع القصاص مع الدية والتعزير والأول عقوبة أصلية وكل من الثاني والثالث عقوبة بدلية وقد جاز الجمع لأن العقوبات المحكوم بها ليس فيها عقوبة بدلاً من أخرى وإنما العقوبة البدلية تمثل عقوبة لم يحكم بها .

١٦٢ - تمرد القتل : وتظهر أهمية التفرقة بين هذين الرأيين

المختلفين في حالة تعدد الجرحى إذا كان القاتل واحداً . فمالك وأبو حنيفة يريان أن الواحد إذا قتل جماعة قتل بهم قصاصاً ولا يجب مع القتل شيء من المال ، سواء كان الجاني قتلهم مرة واحدة أو قتلهم على التعاقب ، وسواء كان الأولياء قد طلبوا قتلهم أو طلب بعضهم قتله وطلب بعضهم الدية ، وإن بادر أحد الأولياء قتل الجاني قبل إبداء الآخرين رأيهم فقد سقط حق الباقيين في القصاص ولادية لهم ، وهذا تطبيق دقيق للقول بأن القصاص يجب عيناً ، لأن حق الجميع تعلق بالقصاص ، فإذا قتل الجاني فقد استوفوا حقهم كاملاً ، وليس لأحدهم أن يطالب بالدية ، لأن تنازله عن القصاص لا قيمة له ، مادام أحد الأولياء يريد القصاص ، وإنما يجب الدية بدلاً من القصاص إذا امتنع القصاص . وهنا لا يمكن امتناعه مادام أحد الأولياء يطلبه ، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع^(١) .

ويرى الشافعي^(٢) أن حقوق الأولياء لا تتداخل ، فإن قتل الجاني واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثاني ، وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث وهكذا ، وإذا اقتص من الجاني لواحد بعينه ، تعين حق الباقيين في الدية ، لأن القصاص قاتهم بنفي رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كالومات القاتل ، وإن قتلهم دفعة واحدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة ، اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، وإن عفا عن خرجت له القرعة أعيدت القرعة للباقيين لتساويهم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٨

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ .

وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو القرعة فيأدر غيره واقتص صار مستوفياً لحقه ، وإن أساء في التقدم على من هو أحق منه .

واختلف فقهاء مذهب الشافعى في المحارب الذى قتل جماعة في المحاربة ، فرأى البعض أن الحكم هو ماسبق . كما لو قتلهم في غير المحاربة ، ورأى البعض أنه يقتل بالجميع ، لأن القتل في المحاربة حق الله تعالى ولا يسقط بالعفو فتدخل العقوبات ، بعكس ما إذا كانت حقاً لآدميين فإنها لا تدخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب الشافعى ولا يختلف معه إلا في أنه يجوز للأولياء ، أن يتفقوا على قتل القاتل ، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على قتله قتل وليس لهم غير ذلك ، وإن أراد البعض القود والبعض الدية ، قتل لمن أراد القود ، وأعطى الباقي الدية ، وحجته في ذلك ، أن محل القصاص وهو القاتل تعلقت به حقوق لا يتسع لها معاً ، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفى به ، فأساس فكرته أنه ما دام المستحقون قد اكتفوا بالقصاص ، فقد تنازلوا عما عداه ^(١) .

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر فسرى القطع إلى النفس - أى نفس المقتوع اليد - فإت فهو قاتل لها ، ويقتص منه أولاً عن قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، إذ القطع لم يصح قتلاً إلا بالسراية وهى متأخرة عن قتل الآخر ، لكن لما كان استيفاء القطع ممكناً وكان في القتل تغويت للقصاص من القطع ، فيستوفى القطع قبل القتل ، ولولى المقتوع نصف الدية عند الشافعى وأحمد ، ولا شيء له عند مالك وأبى حنيفة ، وإذا لم يسر القطع - أى قطع اليد - إلى النفس فيقتص للقطع أولاً ، سواء تقدم القطع القتل أو تأخر عنه ، وهذا متفق عليه من أحمد وأبى حنيفة والشافعى ، ويرى مالك أن يقتل في كل الأحوال ولا يقطع ، لأنه بالقتل يتلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله ^(٢) وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل .

(١) الفنى ج ٩ ص ٤٠٥ - ص ٤٠٨ .

(٢) الفنى ج ٩ ص ٤٠٨ ، نرح الدردير ص ٢٣٦ مذهب ج ٢ ص ١٩٥ بدائع

الصنائع ص ٣٠٣ .

وأساس الاختلاف في هذا كله هو اختلافهم في العقوبة الواجبة بالقتل العمد فأبو حنيفة ومالك يريان كما قلنا من قبل أن الواجب هو القصاص عينا وأن عفو ولي القتل لا يلزم الجاني بالدية إلا إذا رضى الجاني بذلك ، والشافعي وأحمد يريان أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية ، ولولى القتل أن يختار أى العقوبتين شاء دون حاجة لموافقة الجاني .

استيفاء القصاص في القتل

١٦٣ - مستحق القصاص : عند مالك العاصب الذكر ، فلا دخل فيه زوج ولا لأخ لأم ، ولا لجد لأم ، ويقدم الإبن فابن الإبن ، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبه والجد والأخوة ، سواء في ولاية القصاص ، ويعتبر كلاهما في مرتبة الآخر . وأبناء الاخوة أقل مرتبة من الجد ، لأنه بمنزلة أبيهم ، والمراد بالجد ، الجد القريب فهو الذى يتساوى مع الأخوة في الدرجة ، أما الجد العالى فلا شأن له مع الأخوة كما أن بنى الأخوة لا شأن لهم مع الجد القريب^(١) ويستحق القصاص عند أبى حنيفة والشافعي وأحمد الورثة الذين يرثون مال القتل رجالا ونساء ولا يشترط لاستحقاقهم القصاص ، أن يرثوا شيئا فعلا ، فمن قتل وعليه دين محيط بتركته أو لم يترك شيئا ، فالقصاص لو ارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئا^(٢)

وعند مالك ترث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة : أولا - أن تكون وارثة كبنت أو أخت . ثانياً - أن لا يساويها عاصب في الدرجة بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد أنزل منها درجة كالعم مع البنت أو الأخت ، وعلى هذا تخرج البنت مع الإبن ، والأخت مع الأخ ، فلا كلام لواحدة

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٦ ، الإقناع ج ٤ ص ١٨٢
وقو مذهب الشافعي رأيان آخران : أحدهما أن القصاص للعصبه ، والثاني لمن ورث بالنسب لا بالدم - راجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

منهما معه في عفو ولا قود ، بخلاف الأخت الشقيقة مع الأخ الأب ، فلها الكلام معه ، لأنه وأن ساواها في الدرجة أنزل منها في القوة ، ثالثاً : إن تكون بحيث لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب ، وعلى هذا تخرج الأخت للأم والزوجة والجدة للأم ^(١) .

١٦٤ - هل يملك الوارث من القصاص على سبيل الشوكة أم على سبيل الكمال ؟

إذا كان الوارث واحد فهو يملك القصاص على سبيل الكمال إذ لا شريك له فيه أما إذا تعدد الورثة فهناك نظريتان : -

النظرية الأولى : ويقول بها مالك وأبو حنيفة . وهي قول لأحمد ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الكمال لا على سبيل الشركة وحتجهم أن المقصود من القصاص في القتل هو التشفى . وأن الميت لا يتشفى ولكن الورثة هم الذين يتشفون ، فهو حقهم ابتداء ، أي أن القتل لا يثبت له حق القصاص ، وأن القتل لا يثبت له هذا الحق مادام حياً ولكنه يثبت بوفاة ، فإذا ثبت لم يكن القتل أهلاً لملك الحقوق ، فيثبت الحق للورثة ابتداء ، ويثبت لكل وارث على سبيل الكمال ، كأن ليس معه غيره ، لأنه حق لا يتجزأ ، والشركة فيما لا يتجزأ محال ، إذ الشركة المعقولة هي أن يكون البعض لهذا والبعض لذاك . كشريك الأرض والدار ، ولكن ذلك محال فيما لا يتبعص ، والأصل أن ما لا يتجزأ ، من الحقوق إذا ثبت للجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال . كأن ليس معه غيره كولاية النكاح ^(٢) .

(١) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢٢٧ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ ،

اللفظ ج ٩ ص ٤٥٩ .

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعي وأحمد وأبو سيف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة وحجتهم أن القصاص يجب بالجناية ، وأنها وقعت على المقتول . فكان ما يجب بها حقاً له إلا أنه بالموت عجز عن استيفاء حقه بنفسه ، فيقوم الورثة مقامه بطريق الإرث عنه ويكون القصاص مشتركاً بينهم ^(١) .

وأهمية الخلاف تظهر إذا ورث القصاص كبير أو صغير . فطبقاً للنظرية الأولى ، يكون للكبير حق الاستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصغير ، لأن القصاص حق كل وارث على سبيل الاستقلال فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير ، وطبقاً للنظرية الثانية ليس للكبير أن يفرد بالقصاص وعليه أن ينتظر بلوغ الصغير لأن حق القصاص مشترك بينهما وليس لأحد الشريكين أن يفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضا شريكه .

١٦٥ - وإذا لم يكن للقتيل ولي فمن المتفق عليه أن السلطان يتولى القصاص ، لأن السلطان ولي من لا ولي له . ولكن أبا يوسف يرى أن السلطان ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام ، وله أن يأخذ الدية ، وحجته في ذلك : أن المقتول من أهل دار الإسلام لا يخلو عن ولي عادة ، إلا أنه لا يعرف ، ولا ولاية للسلطان إلا إذا انعدم الولي الوارث بخلاف الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم ، لأن الظاهر أن لا ولي له في دار الإسلام ^(٢) .

١٦٦ - من بلى الاستيفاء : يختلف الحكم في هذه المسألة بحسب ما إذا كان مستحق القصاص واحداً أو أكثر .

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٦ والفتى ج ٩ ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) الفرح الكبير للردري ج ٤ ص ٢٢٨ ، ج ٩ ص ٣٩٤ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

١٦٧ - فإذا استحق القصاص واحد وكان كبيراً فله أن يستوفيه إن شاء لقوله تعالى : ﴿ ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ ولوجود سبب الولاية في حقه على السكال ، وهو وراثه القصاص دون مزاحم . أما إذا كان مستحق القصاص صغيراً أو مجنوناً فيرى الشافعي ^(١) وأحمد ^(٢) انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون إلا أنه إذا كانت إفاقة المجنون ميؤوساً منها قام وليه مقامه ^(٣) لأن القود للتشفي ، ولا يحصل باستيفائه بمعرفة ولي الصبي أو المجنون ولا بمعرفة الحاكم . وفي مذهب أبي حنيفة ^(٤) رأيان : أحدهما : يرى أصحابه ما يراه الشافعي وأحمد . وثانيهما : يرى أصحابه أن يقوم القاضي أو الحاكم باستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون ، ويرى مالك ^(٥) أن لولي الصغير والمجنون ووصيهما الاستيفاء نيابة عنهما فلا حاجة لانتظار البلوغ أو الإفاقة .

ويرى أبو حنيفة أن الأب والجد يستوفيان القصاص الواجب للصغير دون الوصي ، لأن ولايتهما ولاية نظر ومصلحة . أما أبو يوسف فيرى الانتظار ومالك يرى الاستيفاء للوصي والوالى .

سلطة ولي الصغير والمجنون : ومن يعطى الولي حق الاستيفاء عن الصغير والمجنون يعطيه حق الصالح أو العفو عن القصاص على مال بشرط أن لا يقل عن الدية ، وأن يكون أصلح من القصاص للصغير ، أو على الأقل تساوى مصلحة القصاص بمصلحة العفو ، فإن صالح أو عفا على أقل من الدية كان للصغير بعد بلوغه الرجوع على القاتل بما نقص من الدية - مالم يكن القاتل معسراً وقت الصالح - كما يرى مالك . وليس للولى أن يتنازل عن القصاص مجاناً ، فإن فعل فتنازله باطل ^(٦) .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٨١ . (٣) كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج

للشرازملي . (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ . (٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٦) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ - مواهب الجليل ص ٢٥٢ - البحر الرائق

ومن لا يعطى الولي حق الاستيفاء يعطى ولي المجنون حق العفو عن القصاص إلى الدية بشرط أن يكون المجنون محتاجاً إلى النفقة فإن لم يكن محتاجاً فالعفو باطل كما لو عفا على غير مال ، أما الصبي فقد اختلفوا في شأنه فأجاز بعضهم أن يكون للولي حق العفو عن القصاص إلى الدية إذا كان محتاجاً إلى النفقة ولم يجز البعض الآخر ذلك للولي وأساس التفرقة بين الصبي والمجنون أن بلوغ الصبي ينتظر بعد وقت معين ولكن إفاقة المجنون ليس لها وقت ينتظر^(١) . وأبو حنيفة لا يعطى ولي الصغير والمعتوه حق العفو لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق والحق للصغير والمعتوه وليس لها ، وإنما لها ولاية استيفاء حق وهب للصغير وولايتهما مفيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لأنه إسقاط حق أصلاً ورأياً فلا يملكه وإنما لها حق الصلح على مال وأبو حنيفة متأثر في هذا بنظرية التي تقضى بأن حق الولي في القصاص عيناً وأن العفو للدية يقتضى رضاء الجاني ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً مادام متوقفاً على رضاء الجاني وإنما يكون صلحاً ولذلك فهو لا يتكلم إلا عن العفو المطلق المقيّد دون قيد أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضاء الجاني ويعبر عنه هكذا ، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صلح مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز في التعبير وقد جاء هذا التعبير في الشرح لآمن المتن مما يؤكد فكرة التجاوز في التعبير أو الخطأ^(٢) .

هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ - الأصل في تأخير القصاص حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ، أن القصاص حق وأن استعماله يقتضى في المستعمل الأهلية والصبي والمجنون كلاهما غير أهل لاستيفاء الحقوق ، لكن إذا فرض أن الصبي أو المجنون وثب على القاتل فقتله فهل يعتبر كلاهما مستوفياً لحقه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) مواهب ج ٦ ص ٢٥٢ .

أم لا^(١) ؟ فصار كما لو أتلّف وديعة له فلا مسؤولية على المودع لديه ، يرى البعض أنه يقتل القاتل صار مستوفياً لحقه لأنه عين حقه وأتلّفه بعمله ويرى البعض أنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يعتبر مستوفياً لحقه وتجب له الدية في مال الجاني الذي قتله ولأولياء الجاني الرجوع على عاقلة الصبي والمجنون بدية قتلهم أى أن أصحاب هذا الرأي يعتبرون فعل الصبي والمجنون جريمة قتل عمد يدرأ فيها القصاص للصغير والمجنون^(٢) ولا شك أن الرأي الأول أقرب للعدالة والمنطق من الرأي الثانى .

١٦٨ - **تعهد مستحقى الاستيفاء** : إذا تعدد مستحقو الاستيفاء فإما أن يكون جميعهم كباراً وإما أن يكون فيهم صغير أو مجنون وإما أن يكونوا جميعاً حاضرين وإما أن يكون بعضهم غائباً .

١٦٩ - فإذا تعدد مستحقو الاستيفاء وكانوا جميعاً كباراً حاضرين ، فالأصل أن لكل منهم ولاية استيفاء القصاص حتى إذا قتله أحدهم صار القصاص مستوفى للجميع ، ، لأن القصاص إن كان حق الميت كما يرى أبو يوسف ومحمد ، فكل واحد من الورثة خصم في استيفاء حق الميت كما هو الحال في المال ، وإن كان القصاص حق الورثة ابتداء كما يرى مالك وأبو حنيفة فكل من الورثة يملك حق القصاص على السكالم ، هذا هو الأصل ، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقى القصاص عليه قبل الاستيفاء . وحضورهم لاحتمال أن يعفو بعضهم ، ولأن العفو يسقط حق الآخرين في القصاص .

فإذا بادر أحد المستحقين بقتل الجاني قبل اتفاقهم على القصاص ، فذهب مالك وأبى حنيفة ، أن القصاص صار مستوفى للجميع ، لأن الأصل أن لكل من المستحقين ولاية استيفاء القصاص ، وليس لباقي الورثة شيء من المال ، لأن حقهم في القصاص قد استوفاه أحدهم وهذا تطبيق نظرية مالك وأبى حنيفة في أن

(١) في هذه النقطة فراغ يبدو أنه كلام لم يتم ولم يكتب - ن .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ - المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

(١٠ - التشريع الجنائى الإسلامى ٢)

القصاص يجب عيناً^(١) إلا أن المقتص يمرر لافتياته على الإمام .

أما الشافعي وأحمد فيريان أن المبادر بالقصاص ممنوع من قتل الجاني لأن بعض الجاني غير مستحق له، فإذا استوفى دون اتفاق فهو مستوف لحق غيره دون إذنه والراجع أنه لا يجب القصاص عليه بفعله^(٢) لأنه يستحق القصاص على وجه الشركة، ولأن الجاني مستحق عليه القصاص . كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة ، لكنه يلزم على رأى بحق شركائه في الدية ، لأنه هو الذى أتلف محل حقهم ، ويلزم على رأى الأخير لورثة الجاني بدية مورثهم إلا قدر حقهم منها ، على أن يكون لباقي مستحقى القصاص الرجوع بحقهم في الدية على تركه الجاني ، ورأى الشافعي وأحمد تطبيق لنظريتهما في أن القصاص يثبت للمورث ابتداء ، ثم ينتقل منه للورثة كما هو تطبيق لنظريتهما في أن الواجب بالقتل أحد شئتين غير عين القصاص والدية^(٣) .

١٧٠ - وإذا تعدد مستحقو القصاص ، وكانوا كباراً وصغاراً أو فيهم مجنون ، أو بعضهم غائب ، فيرى مالك وأبو حنيفة أن لا ينتظر البلوغ ولا إفاقة المجنون ، وللعقلاء الكبار استيفاء القصاص لأن القصاص ثابت للورثة ابتداء فهو حق كل منهم على سبيل الكمال والاستقلال ، لاستقلال سبب ثبوته في حق كل مستحق ، ولعدم قابليته للتجزئة ، ويؤيدون رأيهم بأن علياً رضى الله عنه أوصى الحسن بمد أن ضربه ابن ملجم فقال له : إن شئت فاقتله ، وإن شئت فاعف عنه ، وإن تغفو خير لك ، فقتله الحسن وكان في ورثة على صغار ، والاستدلال من وجهين : أحدهما : بقول على ، لأنه خير الحسن في القتل أو العفو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢ البحر

الرائق ص ٣٠٠ - ٣٠١

(٢) في مذهب الشافعي رأى مرجوح ملخصه ، أن على المستحق القصاص إذا قتل الجاني قبل اتفاقه مع باقي المستحقين لأنه اقتص في أكثر من حقه ، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة ؛ فإذا اشترك شخصان في قتل اقتص منهما وأن كلامهما قاتل لبعض النفس -

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، والمهذب ج ٢ ص ١٩٧ .

مطلقاً فلم يقيده ببلوغ الصفار ، والثاني : لأن الحسن قتل ولم ينتظر وكل ذلك كان في حضور الصحابة ولم ينكره أحد فيكون إجماعاً .

ولكنهما يريان مع ذلك انتظار عودة الغائب لاحتمال عفو ، ولأنه قديمفو دون أن يشمر الحاضر بعفو ، فإذا أجز للحاضر أن يستوفى ، استوفى حقاً قد سقط بعفو الغائب .

ويفرقون في مذهب أبي حنيفة بين احتمال العفو من الصغير والجنون ، وبين احتمال العفو من الغائب فإن احتمال العفو من الغائب الكبير ثابت ، أما احتمال عفو الصغير أو الجنون فيثوس منه حال استيفاء القصاص ، لأنه ليس من أهل العفو .

ويفرقون في مذهب مالك بين الغيبة القريبة ، والغيبة البعيدة الميثوس منها أى من عودة صاحبها ويرون الانتظار في الغيبة القريبة دون البعيدة ، وهذا هو رأى الراجح ، وهناك رأى لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة ^(١) .

أما الشافعى وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا باذن الباقين ، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه ، أو مجنون تنتظر إفاقته أو غائب ينتظر قدومه ^(٢) لأن القصاص حق مشترك بينهم ، فمن استوفى قبل اتفاق كل الشركاء فقد استوفى غير حقه وأبطل حق غيره ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس . فإذا لم يميز أفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يميز له أن يفرد بالبدل الآخر وهو القصاص ، ويستدلون على أن للصغير والجنون حقهما فى القصاص بأربعة أمور : أمرهما : أنه لو كان منفرداً لاستحق القصاص ، ولونافاه الصغير مع غيره لنافاه منفرداً .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ ، شرح البرذير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ والبحر الرائق ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) هناك رواية عن أحمد : بأن لكسبار العقلاء الاستيفاء دون انتظار الصغير والجنون ولكن هذه الرواية ليست المذهب .

الثاني : أنه لو بلغ لاستحق بلا خلاف ، ولو لم يكن مستحقاً عند موت المورث لم يكن مستحقاً عند البلوغ .

الثالث : لو سقط القصاص وآل الأمر الدية لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدل القصاص وهو الدية .

الرابع : لو مات الصغير لاستحق ورثته ، ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالا يستحقه ^(١) .

١٧١ - هل يطلو سراح الجاني متى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويفس الجنونه ؟

ومن المتفق عليه أن تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني ، بل يحبس مهما تأخر الاستيفاء فيحبس حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير أو يفيق الجنون ، وقد حبس معاوية بن أبي سفيان هدية بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر عليه ذلك ، ويعلمون بقاءه محبوساً بأن في تخليته تضيقاً للحق ، لأنه لا يؤمن هربه ، ولأنه مستحق القتل وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه ، ولا يقبل من القتيل أن يقدم كفيلاً ليخلى سبيله له ، لأن الكفالة لا تصح في العقوبات لأن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول ولا يمكن استيفاء القتل من غير القاتل ^(٢) .

١٧٢ - ومهما تعدد مستحقو القصاص فلن يستوفيه إلا أحدهم فقط يوكلونه عنهم ويشترط أن يكون خبيراً قادراً على القصاص . فإن لم يكن فيهم من يحسن القصاص أو لم يتفقوا على واحد منهم ، أناب الحاكم من يحسنه . وليس ثمة ما يمنع أن يكون موظفاً يتناول أجره من خزانة الحكومة ، ويرى الشافعي

(١) الفرج الكبير ج ٩ ص ٣٩٢ - ٣٩٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٤ - ٣٨٥ . وأواب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ،

المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

الاقتراع بين مستحقى القصاص إذا كانوا جميعاً يحسنونه ولم يتفقوا ، فمن اختارته القرعة قام بالاستيفاء^(١) ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك أن الحاكم مخير بين أن يستوفي بنفسه القصاص أو أن يسلمه لولى القتل ليقص منه ، والأصل في الشريعة ، أن لا يمكن إنسان من استيفاء حقه بنفسه ، لأن استيفاء الحقوق متروك للحكام ، ولكن جاز أن يستوفي الفرد حقه في القتل بدليل خاص هو تسليم الرسول للقاتل المستحق^(٢) ، ولما كان من شروط الاستيفاء عدم الحيف وأن لا يُعذب المقتص القاتل ، وأن يحسن قتله^(٣) فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف السلطة التنفيذية ، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على وجه المطلوب

١٧٣ - الزمن من التعرض إلى غير القاتل : يشترط في الاستيفاء أن

لا يتعدى إلى غير القاتل ، فإذا وجب القصاص على حامل قبل وجوبه أو حامل بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع ولدها ، وليس في هذا اختلاف لقوله تعالى : ﴿ فلا يسرف في القتل ﴾ وقتل الحامل إسراف ، وروى عن رسول الله أنه قال : « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها » ولقد قال الرسول للغامدية التي زنت : « أرجعي حتى تضعي ما في بطنك ، فلما وضعته قال لها ، أرجعي حتى ترضعي » وهذه القاعدة مسلم بها في القصاص أطلاقاً سواء كان في النفس أو الطرف ، أما في النفس فلما سبق وأما في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أو لى وأخرى ، ولأن في القصاص من الحامل قتلاً لغير الجاني وهو محرم إذ لا تزر وازرة وزر أخرى .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

وإذا وضعت الحامل لم تقتل حتى تسقى ولدها اللبن ، لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم إن لم يكن الولد من يرضعه لم يحز قتلها حتى يحىء أوان فطامه ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم ، لأن الولد يستغنى عنها بلبن المرضعة ، وكذلك إذا أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها أو وجد له مرضعة غير راتبة أو نساء يتناوبن رضاعه ، ولكن يستحب في هذه الحالات أن يؤخر الولي القصاص لما على الولد من ضرر في اختلاف اللبن وشرب لبن البهيمة .

وإذا ادعت المرأة الحمل فلا يستوفى منها إلا بعد التحقق من خلوها من الحمل وتعرض على أهل الخبرة ، فإن تبين حملها أو أشكل الأمر أخرت حتى تضع أو حتى يتبين أمرها ، وإن ثبت أنها غير حامل لم تؤخر وإذا تبين الحمل أو أشكل الأمر فتحبس حتى تضع ، ويستوى أن تكون حاملاً من زوج أو زناً^(١) وتأخير التنفيذ على الحامل هو المبدأ الذي تأخذه القوانين الوضعية اليوم فالقانون المصري ينص في المادة ٢٦٣ على أنه «إذا خبرت المحكوم عليها بالإعدام أنها حبلى يوقف تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق قولها لا ينفذ إلا بعد الوضع » .

١٧٤ - كيفية الاستيفاء :

لا يستوفى القصاص إلا بالسيف عند أبي حنيفة ، ورواية عن أحمد ، سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جراح أو نتيجة الخنق ، أو التفريق أو التحريق ، أو غير ذلك وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص ، والقصاص هو الاستيفاء فمعنى الحديث نفي القصاص بغير السيف . وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية ، فالقود بالسيف لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده ، فلا يقتص منه إلا بالقتل لأنه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ وما بعدها . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٨ - ٢٨٩

مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٥٩

لو قطع عضوا من الجاني لتحقيق التماثل ، ثم عاد فحز رقبتة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعا بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ولا يعتبر حز الرقبة متمما للقطع ، لأن المتمم للشيء يكون من توابعه . والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس يقصد منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ، لأن إتلافها يعتبر تعذيبا لا استيفاء .

وعلى هذا فمن قطع يد إنسان فمات أو أجافه جائئة ، أو أوضحه موضحة فمات فليس له أن يقطعه أو يحيفه أو يوضحه ثم يقتله طبقا لرأى أبى حنيفة وأحد رأيي أحمد وله فقط أن يقتله بالسيف

وإذا أراد الولي أن يقتص بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزز لافتياته على السلطات العامة ، إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألغاه من سطح أو أورداه في بئر أو ساق عليه دابة حتى مات ، ونحو ذلك ، لأن القتل حقه ، فإذا قتلته فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفى بغير السيف لاستيفائه بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الافتيات^(١) .

وعند مالك والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولأن السيف أوحى الآلات أي أسرعها فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه في القتل وقد قتل وعذب . فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضرب به بخشب أو حبسه أو منعه الطعام والشراب فمات فلولي أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ ، مهذب ج ٢ ص ١٩٩ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠

وما بعدها .

فماقبوا بمثل ما عوقبتم ﴿ ولما رواه البراء عن الرسول عليه السلام قال: « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المائلة والمائلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن قتله بما هو محرم كاللواط وسقى الخمر فيرى البعض أن يفعل به مثل فعله صورة بما هو غير محرم فيفعل به فى اللواط مثل ما فعل بحشبة لتعذر مثل فعله حقيقة ولسقى الماء بدلاً من الخمر حتى يموت ويرى البعض أن يكون القصاص بالسيف كلما كان القتل بما هو محرم لنفسه وإن ضرب رجلاً بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأنه قتل مستحق وليس هاهنا ما هو أوحى من السيف فيقتل به .

وإن قتله بمقتل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ما فعل فلم يمت فيرى البعض أن يكرر عليه ذلك حتى يموت ويرى البعض الآخر أنه يقتل بالسيف لأنه فعل مثل ما فعل وبقي إزهاق الروح فوجب بالسيف وإن جنى عليه جنابة يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كله ويوضح رأسه لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضو آخر ولا أن يوضح فى موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضعين بموضحة .

وإن جنى عليه جنابة لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه فيرى البعض أن يقتل بالسيف ويخالف مالك الشافى فى أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائماً كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كنع الطعام والشراب ولا يقتص فى الجائفة ولا فى قطع الساعد لأن كلاهما

جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط ويرى البعض أن يقتص في الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها في غير القصاص لجاز القتل بها في القصاص كالتقطع من المفصل وحز الرقبة فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يحاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو .

١٧٥ — حكم الفمليين : وإذا قطع طرف رجل كيد أو رجل ثم قتله فإذا كان القتل بعد برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن يقتص منه الولي بمثل ما فعل فيقطع طرفه ثم يقتله إن شاء وله أن يكتفي بقتله فقط . أما مالك فيرى أن الطرف يندرج في القتل فليس للولي إلا القتل فقط . أما إذا كان القتل قبل برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعي وقولهما رواية عن أحمد أن المستوفى أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق الجنى عليه في المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فإذا قطع الولي طرفه ثم قتله كان مستوفياً للمثل وكان الجزاء مثل الخيانة جزاءً وفاقاً ، ويرى مالك هذا الرأي بشرط أن يكون القطع قصد به التمثيل^(١) ويرى أبو يوسف ومحمد وهو قول في مذهب أحمد بأن الطرف يدخل في النفس فالولي أن يقتل الجاني وليس له أن يقطع يده لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل ما دون النفس في النفس ويرى مالك هذا الرأي إذا لم يكن الجاني قصد من قطع الطرف التمثيل بالجنى عليه^(٢) .

١٧٦ — مذهب المستحقين الاستيفاء : يرى أبو حنيفة أن مستحق القصاص يجب أن يحضروا الاستيفاء ولا يكفي أن يحضر وكيل عنهم بل يجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٥ - المغني ص ٣٨٦ - ٣٩٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ ..

حضور الموكل بنفسه ولا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل أو الموكلين لاحتمال أن الغائب قد عفا ولأن في اشتراط حضور الموكل رجاء العفو منه عند معاناة حلول العاقبة بالقاتل^(١) ولا يشترط باقى الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل فى غياب الموكلين .

١٧٧ - نفقر آتة القتل : وإذا أراد الولي الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان

أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها ، فإذا كانت كالةً منعه الاستيفاء بها لثلاث مذب للقتول ، وإن كانت مسممة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزز ، فالولى الذى يستوفى يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء ، وأن تكون الآلة التى يستوفى بها صالحة للاستيفاء . وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجانى وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن ، وقد روى شداد ابن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »^(٢) .

١٧٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟ الأصل فى اختيار

السيف أداة للقصاص ، أنه أسرع فى القتل وأنه يزهق روح الجانى بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاًماً فلا مانع شرعاً من استعمالها ، فلا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة ، والكبرى الكهربائى وغيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يخلف الموت عنه عادة ، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد ، وأما الكرسى الكهربائى فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، المرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ .

(٣) من فتوى اللجنة الفتوى بالأزهر راجع القصاص ص ٢٠٨ .

١٧٩ - هل يجوز للسلطان اليوم أنه يستأثر باستيفاء القصاص ؟

الرأى الراجح عند الفقهاء أن لا يترك الولي ليستوفى بنفسه القصاص في الجراح^(١) لأن القصاص في الجراح يقتضى خبرة ودقة فوق ما يجب فيه من البعد عن الحيف والتعذيب ، ولما كانت الخبرة لا تتوفر في معظم الأولياء . فقد رأى الفقهاء أن يتولى القصاص خبراء يوكلمهم الأولياء ، ولا مانع من أن يأخذ هؤلاء الخبراء أجرهم من خزانة الدولة ، أما الاستيفاء في القتل فقد ترك للولي ، إذا كان يحسن الاستيفاء وإذا استوفاه بآلة صالحة . فإذا لم يكن يحسنه وكل من يحسنه ، فحق الولي في الاستيفاء بنفسه متوقف على إحسانه وعلى استعمال الآلة الصالحة ، ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً ، أما اليوم فيقل أن تجد من يحسن استعمال السيف ، بل قد لا تجد في القرية كلها سيفاً واحداً صالحاً للاستعمال فإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكرسى الكهربائي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المقصلة أو غيرها لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد وأنها في حيازة الدولة ، وإذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تمنع من ترك الولي يستوفى في حقه على الطريقة القديمة ، وأنها تقضى بحرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين الخبيرين ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاؤوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

سقوط القصاص

١٨٠ - نكف عقرية القصاص بأربعة أسباب هي : فوات محل القصاص

- العفو - الصلح - إرث حق القصاص .

١٨١ - فوات محل القصاص : محل القصاص في القتل هو نفس القاتل ،

(١) المتن ج ٩ ص ٤١٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

فإذا فات محل القصاص ، أى انعدم محله بأن مات من عليه القصاص ، سقطت العقوبة ، لأن محلها انعدم ، ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أم لا ؟ فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ، ولا يترتب عليه وجوب الدية في مال القاتل ، لأن القصاص واجب عيناً ، والدية لا تجب إلا برضاء القاتل فإذا مات القاتل سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية لأن القاتل لم يوجبها على نفسه ، ويستوى أن يكون الموت بأفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام أن الموت بحق فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص بشخص آخر أو زنا أو ردة ، ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية .

أما إذا قتل ظلماً ، فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول ، فمثلاً « من قتل رجلاً فعدا عليه أجنبي فقتله عمداً ، فدمه لأولياء المقتول الأول ، ويقال لأولياء المقتول الثانى : أرضوا أولياء المقتول الأول ، وشأنكم بقاتل وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلا أولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها ، وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١) ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ، ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره^(٢) إذا جنى عليه . ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال ، سواء كان الموت بحق أو بغير حق ، ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ، لأن الواجب فى القتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البذل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال^(١).
ونستطيع أن نقبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي : إذا قتل محمد
عليه ، فإن لأولياء محمد حق القصاص على علي ، فإذا مرض علي ومات سقط
القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأى مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية
في مال علي طبقاً للرأى الشافعي وأحمد ، فإذا كان موت علي سبباً أن زيداً أطلق عليه
عياراً نارياً عمدأً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله ، فقد سقط معه القصاص ، ولا شيء
لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة ، وطبقاً لرأى مالك ، ينتقل حق القصاص إلى زيد
ويكون لأولياء محمد أن يقتصوا منه في حالة العمد وليس لأولياء علي أن يقتصوا
من زيد إلا إذا أرضوا أولياء محمد ، وفي حالة الخطأ يدفع زيد دية على لأولياء محمد .
وطبقاً للرأى الشافعي وأحمد يسقط القصاص وتكون لأولياء محمد دية في مال علي

١٨٢ - العفو : أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص . وأن العفو
عنه أفضل من استيفائه ، والأصل في جواز العفو الكتاب والسنة والإجماع ،
أما الكتاب فقد أقر العفو في سياق قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم
القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ إلى أن قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء
فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفي سياق قوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن
النفس بالنفس ﴾ إلى أن قال : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ وأما السنة فإن أنس
ابن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء في قصاص
إلا أمر فيه بالعفو » .

١٨٣ - والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص
مجاناً أو عن الدية ، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجاناً فهو عاف ، ومن تنازل
عن القصاص مقابل الدية فهو عاف ، وإن كان مالك يرى أن العفو عن الدية
يحتاج ليفادته رضا الجاني بدفع الدية بخلاف الشافعي وأحمد اللذين يريان أن العفو
عن الدية يعتبر نافذاً دون حاجة لرضا الجاني^(٢) .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ المذهب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير
ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها .

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا عندهما ، وإنما هو صلح ^(١) لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية ^(٢)

ويشترط مالك وأبو حنيفة أن يكون العفو عن القصاص من صاحب الحق لأن العفو عنده إسقاط الحق وإسقاط الحق محال ممن ليس له حق ، ويرتب على هذا أن العفو لا يصح من أجنبي لأنه ليس صاحب الحق ولا من الأب أو الجد في قصاص وجب للصغير خاصة ، لأن الحق للصغير وليس لهما ، وسلطتهما قاصرة على استيفاء الحقوق الواجبة للصغير ، ولولايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير ، والعضو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكه ، وكذلك لا يملك السلطان العفو فيما له ولاية الاستيفاء فيه ^(٣) ولكن الأب والجد والسلطان يملكون الصلح .

ولكن الشافعي وأحمد يميزان أن يكون العفو من الأب والجد على مال كما بينا في الفقرة ١٦٧ كما يميزون للسلطان أن يعفو على مال ولكنهم لا يميزون له العفو مجانا .

والفرق بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد هو اختلاف في تكييف التنازل عن القصاص على الدية ، فأبو حنيفة يسميه صلحا وباقي الأئمة يسمونه عفواً وأبو حنيفة منطقي في وجهة نظره ، لأنه يشترط رضا الجاني بدفع الدية . فإذا كان التنازل معلقا على رضا الجاني بمقابل التنازل وهو الدية فالتنازل صلح لا عفو والشافعي وأحمد يتبعان المنطق في وجهة نظرهما لأن تنازل أولياء الجاني عليه عن القصاص على الدية لا يتوقف على رضا الجاني إذ الواجب عندهما بالقتل

(١) الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢ ، ٣٠٦ .

(٢) يسمى بعض الفقهاء في مذهب مالك التنازل عن القصاص بمقابل عفواً ، ويسميه بعضهم صلحا ، وهؤلاء يتفق رأيهم مع أبي حنيفة ، راجع الفقرة ١٦٧ .

(٣) راجع الفقرة ١٦٣ .

العمد القصاص والدية وللولى أن يختار بينهما فإذا اختار القصاص فله أن يتنازل عنه إلى الدية فالتنازل إذن إسقاط محض لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل فهو عفو لأنه إسقاط محض .

وفى مذهب مالك لا يرون بأسا من اعتبار التنازل عن القصاص مقابل الدية عفو أمع أنهم يعتبرون الواجب بالقتل العمد هو القصاص عينا ويوجبون رضاء الجاني إذا أختار الأولياء الدية ولكن بعضهم يعتبر هذا صلحا لا عفو ومن يعتبرونه عفو يفرقون بينه وبين الصلح بأن العفو يكون على الدية فقط أو أقل منها أما الصلح فيكون على أكثر من الدية ويكون على غير الدية ولا شك أن من يسمونه صلحا أقرب إلى المنطق ممن يسمونه عفو^(١) .

١٨٤ - من يملك حق العفو :

يملك حق العفو عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد من يملك حق القصاص^(٢) والقصاص عندهم حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، الرجال والنساء والصغار والكبار . فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالنا عاقلا فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتا لأنه من التصرفات الضارة والتي لا تجوز إلا للعاقل البالغ^(٣) .

ويملك العفو عند مالك من يملك حق القصاص ، وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التي لا يساويها عاصب في الدرجة ، والتي لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصب^(٤) ويشترط مالك أيضا في العافي أن يكون بالنا عاقلا .

١٨٥ - هل يملك العفو فرد عند تعدد المستحقين ؟ . إذا كان المستحق للقصاص واحداً بالنا عاقلا رجلاً أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند

(١) راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٠ ورواهب الجليل ص ٢٥٢ .

(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، مهذب ج ٢ ص ٢٠١ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٨ .

(٤) راجع فقرة ١٦٣ .

أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، وإذا عفا كان عفوه نافذا ، وإذا تعدد المستحقون
 القصاص فعفا أحدهم نفذ عفوه وأنتج أثره ، ولو لم يعف الباقيون ، وحجتهم أن
 القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا عفا أحدهم سقط بمضوه لأن القصاص
 لا يجزأ بطبيعته إذ لا يمكن قتل بعض الجاني وإحياء بعضه وأن العفو أقرب
 للتقوى ، فهو أفضل من طلب القصاص ، فمن عفا رجح عفوه على طلب
 القصاص ، ويستدلون على صحة رأيهم بما روى عن عمر من أنه أتى برجل قتل
 قتيلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ، وهي أخت القتيل
 قد عفوت عن حقي . فقال عمر : الله أكبر عتق القتل ، وفي رواية عن زيد قال :
 دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتها قد
 تصدقت ، ففضى لسائرهم بالدية . وروى عن قتادة : أن عمر رفع إليه رجل قتل
 رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لا بن مسعود ؟ ما تقول :
 قال : إنه قد أحرز من القتل . فضرب على كتفه وقال كيف ملئ علما .

وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ثم العفو ، كما لم يمنع
 استحقاق الدية وسائر حقوق القتل الموروثة عنه سواء على رأى القائلين بأن
 القصاص يرثه الورثة ابتداء أو يرثونه عن القتيل .

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالا متساوين في الدرجة فالعفو
 يملكه أى واحد منهم فإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره
 وإن كان المستحقون نساء فالعفو لأعلاهن درجة كالبنات مع الأخت فالعفو
 للبنات دون الأخت ولو أن كليهما وارثة . هذا إذا كان القتل بغير قسامة فلا
 عفو إلا باجتماع النساء والعصبة . وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة
 واحدة ففقت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم وإذا كان المستحقون
 رجالا ونساء أعلى درجة منهم وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل
 بينة أو إقرار أو قسامة أو كان الرجال وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة فلا
 عفو إلا بإجماع الفريقين أو بإجماع بعض هؤلاء وبعض هؤلاء . أما إذا كان

الرجال مساوين للنساء في الدرجة أو أعلى منهن فلا كلام للنساء معهم والاستيفاء للعاصب وحده^(١) .

١٨٦ - متى يعفو الولي ؟ قد يكون العفو من الولي قبل الموت وقد يكون بعده ولكل حالة حكمها الخاص . وقد يكون العفو من الولي المستحق الذي لا شريك له . وقد يكون من ولي له شركاء وقد يكون عن بعض الجناية دون البعض .

١٨٧ - عفو الولي بعد الموت : إذا استحق ولي الدم القصاص وحده فعفا بعد موت القاتل وكان بمن يملك العفو ترتب على عفوئه أثر وسقط القصاص عن القاتل سواء كان العفو مطلقاً غير مقيد أو كان العفو على الدية سواء قبل الجاني دفع الدية أم لم يقبل ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد أما مالك فيرى أن حق القصاص لا يسقط إلا إذا قبل الجاني دفع الدية إذا كان العفو على الدية . وأساس الخلاف أن العفو على الدية يوجبها على الجاني عند الشافعى وأحمد فلا حاجة لرضاه ولكن الدية لا تجب عند مالك وأبى حنيفة إلا برضاء الجاني^(٢) . وإذا عفا الولي عن الجاني ثم قتله بعد العفو عنه ، اعتبر الولي قاتلاً عمداً باتفاق لأن الجاني بالعفو عنه صار معصوم الدم^(٣) وإذا استحق قصاصاً على شخص فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فهو مسئول عن قطع اليد عند مالك وأبى حنيفة ولا مسئولية عليه عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد . وحجة الفريق الأول أن حق من له القصاص في الفعل وهو القتل ، لا في الحل وهو النفس ، وإن كان في النفس فهو في القتل لا في القطع لأن حقه في المثل ومثل القتل هو القتل فإذا قطعها فقد استوفى ما ليس له بحق . ويرى مالك القصاص ولكن أبى حنيفة برأه المشبهة . أما الفريق الآخر ، فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً لولى

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) واهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١ - المهذب ج ٢

ص ١٩٧ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ .

القتيل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه وإذا كان قد عفا ، فالعفو عن الباقي لا عما استوفاه .

ومن المتفق عليه أنه إذا قطعه ثم قتله فلا شيء عليه إلا التعزير لتعذيبه القتل^(١) وإن كان القصاص على أكثر من شخص واحد كأن كان القاتل رجلين فأكثر فإذا عفا الولي عنهما أو عنهم جميعاً سقط القصاص وإن عفا عن أحدهم أو بعضهم سقط القصاص عن المعفو عنهم وبقي على الآخرين لأن العافي استحق على كل منهم قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهم لا يستوجب العفو عن الآخرين .

وإذا تعدد الأولياء في قصاص مشترك فعفا أحدهم سقط القصاص عن القاتل لأن سقوط نصيب العافي بالعفو يسقط نصيب الآخرين ضرورة لأن القصاص لا يتجزأ وهو قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخرين مالا يأخذون حصتهم من الدية ولا يأخذون الدية كاملة لأن للعافي نصيباً فيها فيأخذون الباقي بعد خصم نصيب العافي أما العافي فإنه يأخذ نصيبه إذا عفا على الدية ولا يأخذها إذا عفا مجاناً^(٢) .

وإذا عفا أحدهم فقتله الآخر فإن لم يكن يعلم بالعفو أو علم به ولكنه لا يعرف بأن القصاص سقط فهو قاتل عمداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ويدراً عنه القصاص وعليه الدية في ماله لأن للولي القاتل حق القصاص وهذا يورث شبهة في عصمة الجاني والحدود تدرأ بالشبهات ولكن زفر يرى أن عصمة الجاني عادت بالعفو فإذا قتله أحد الأولياء فقد قتل معصوماً فعليه القصاص وفي مذهب الشافعي رأيان كلاهما يعتبره قاتلاً عمداً ولكن أصحاب الرأي الأول يدروون القصاص للشبهة وأصحاب الرأي الثاني يرون القصاص ، ومذهب أحمد أن لا قصاص للشبهة .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ - مواهب ج ٦ ص ٢٣٥ - مهذب ج ٢ ص ٢٠٢

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٤٧ - ٢٤٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢

ص ٢٠٢ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٠ .

وإذا قتله وهو عالم بالعمو وبسقوط القصاص كان قاتلاً عمداً دون شبهة
 ووجب عليه القصاص عند أبي حنيفة وأحمد وطبقاً لأحد الرأيين في مذهب
 الشافعي أما الرأي الآخر فيشترط للقصاص أن يكون طامعاً بالعمو وأن يحكم
 القاضي بسقوط القصاص وإن لم يتوفر هذان الشرطان درى القصاص للشبهة
 لأن مالكاً يرى أن حق الولي لا يسقط في القود بعمو الشريك وهذا الخلاف
 يعتبر شبهة تدرأ القصاص^(١) [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية] .

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بين مستحقين متعددين فمما
 أحدهم أو بعضهم عن نصيبه أما إذا وجب لكل من المستحقين قصاص كامل غير
 مشترك قبل القاتل فإن الحكم يختلف فلو قتل الجاني رجلين فمما ولى أحدهما عن
 القاتل فإن عفوه لا يسقط حق ولى القتل الأخير من القصاص من القاتل لأن
 كل واحد من الوليين استحق على الجاني قصاصاً كاملاً مستقلاً عن القصاص
 الذي استحقه الآخر فإذا ما أسقط أحدهما حقه بقي حق الآخر بخلاف القصاص
 المشترك فإن عفواً أحد الشريكين فيه يسقط حق الشريك الآخر لأن حق القصاص
 لا يتجزأ ومن الحال إسقاط بعضه وتنفيذ بعضه .

١٨٨ - عفو الولي قبل الموت : إذا عفا الولي بعد الجرح وقبل الموت
 ففي صحة عفوه ونفاذه رأيان : أولهما - أن العفو غير صحيح لأنه عفا عما لم يجب له
 لأن القصاص لا يجب له إلا بعد وفاة موروثه ولأن العفو عن القتل يستدعي
 وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بوفاة الموروث فالعمو لم يصادف محله .
 ثانيهما - أن العفو صحيح لأن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً
 من يوم وجوده فكان العفو عن حق ثابت وإذا فرض أن القتل لم يوجد من
 يوم الجرح فقد وجد سببه وهو الجرح المفضي إلى الموت والسبب المفضي إلى الشيء
 يقام مقامه وعلى هذا يكون العفو صحيحاً^(٢) .

(١) بدائع ج ٧ ص ٢٤٨ - المهذب ج ٢ ص ١٩٢ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ والنفى

ج ٩ ص ٤٦٥ - ٤٦٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ الأم ج ٦ ص ١٤ .

١٨٩ - - العفو من الجنى عليه : وكما يصح أن يكون العفو من ولي القاتل يصح أن يكون العفو من القاتل قبل موته فإن عفا المجرع عن الجاني وبرأ من جراحه دون أن يسرى إلى أعضاء أخرى فالعفو صحيح لأن القاعدة أن للمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً وله أن يعفو عن الدية أيضاً .

وإن عفا المجرع عن الجاني فسرى الجرح إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فمعا عنه ، ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح ، أو عن الجرح وما يحدث منه لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . أما الشافعي وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملاً للجناية وما يحدث منها ، وفي هذه الحالة يصح العفو وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ففي هذه الحالة يكون الجاني مسؤولاً عن السراية ولكن لا يقتصر منه لأن القصاص في الأصبع سقط بالعفو ولا يجب في الكف لأنها تلفت بالسراية ، فإذا كان العفو على الدية وجبت الدية في اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية دون الأرض فيما تسرى إليه ، والظاهر أن هذا الحكم عند مالك^(١) .

وإن عفا المجرع ثم سرى الجرح إلى النفس ومات . فيرى أبو حنيفة وأصحابه ، أن العفو إذا كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو ولا شيء على القاتل ، لأن لفظ الجناية يتناول القتل ، وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها ، فكان ذلك عفواً عن القتل ، وأما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها ، لم يصح العفو عند أبي حنيفة ، وكان الجاني مسؤولاً عن القتل العمد ، ولكن تجب الدية بدلاً من القصاص درءاً لشبهة العفو ، وعند محمد وأبي يوسف العفو صحيح ولا شيء على القاتل ، لأن العفو عن الجراحة يشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية ، لأن السراية ، أثر

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، المغني ج ٩ ص ٤٧٢ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٥ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

الجرح ، والعفو عن الشيء عفو عن أثره ، وحجة أبو حنيفة ، أن حق المجنى عليه في موجب الجناية أى القصاص لافى عين الجناية أى الجرح وعين الجناية ، ومن لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو عنه . فكان عفو المجنى عليه عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أن لا موجب بهذه الجراحة ، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل أى القصاص ، كذلك فإن الجرح غير القتل ، فالعفو عن أحدهما ليس عفوا عن الآخر ^(١) .

ويقرب رأى الشافعى من رأى أبى حنيفة ، فإن كان العفو عن الجناية وديتها وما يحدث منها فلا قصاص ولا دية ، وإن كان عن الجناية فقط سقط القصاص ولم تسقط دية النفس ، لأنه أبرأ فيها قبل الوجوب . أما سقوط القصاص فبالعفو بعد الوجوب ويسقط فى النفس لأنه لا يتبعض ^(٢) وفى مذهب أحمد رأيان : رأى يماثل الشافعى ورأى يماثل رأى أبو يوسف ومحمد ^(٣) أما إذا كان الجرح أو الجناية لا يجب فيه القصاص كجائفة أو قطع يد من الساعد ، فإن العفو لا أثر له عند الشافعى وأحمد ، لأن العفو عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يصادف العفو محله ، بخلاف ما إذا كان الجرح أو الجناية يجب فيه القصاص ، فإن العفو يصادف محله فى الجرح ، ويسقط القصاص فى النفس لأنه سقط فى الجرح ، إذ القصاص لا يتبعض فإذا سقط فى البعض سقط فى الكل ^(٤) . وعند مالك إذا كان العفو عن الجرح وما ترمى إليه من عضو أو نفس فالعفو صحيح نافذ وإن كان العفو عن الجرح دون بيان فهو محمول على أنه عفا عما وجب له فى الحال ، ويسأل عن السراية للعضو والنفس ، ويتمتع فى حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة فى حالة العمد ^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٧ وما بعدها ، والنفى ج ٩ ص ٤٦٩ وما بعدها .

(٤) المهذب ج ٢ الشرح الكبير ج ٩ ، النفى ج ٩ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ و ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

فالفرق بين الشافعي وأحمد وبين مالك ، أنه يجعل القصاص في كل حال -
ولكنهما يجعلانه في حالة ما إذا كانت الجناية لا توجب القصاص ، أى أن رأى
مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة ويخالفه فقط في أنه لا يدرأ القصاص للشبهة ،
ولكن بعض الفقهاء المالكيين يفرق بين ما إذا كان الجرح يجب فيه القصاص أو
لا يجب ، ويجعل القصاص قاصراً على الجناية التي لا يجب فيها القصاص .

هل يعتبر عفو الجاني عليه وصية للقاتل ؟ : للفصل في هذه المسألة أهمية
كبيرة ، لأن اعتبار العفو وصية يوجب أن يكون المفعو عنه في ثلث التركة
حيث لا تصح الوصية في أكثر من ثلث التركة ، فإن كان المفعو عنه في ثلث
التركة فالعفو نافذ إذا كان صحيحاً وتوفرت شروطه ، وإن كان المفعو عنه يزيد
على ثلث التركة نفذ العفو فيما يساوى ثلث التركة فقط .

وإذا اعتبرنا العفو وصية فهناك رأيان : رأى يقول بأن الوصية لا يجوز أن
تكون للقاتل ورأى يرى الجواز ، فإذا أخذ بالرأى الأول كان العفو لغواً إلا
في الجرح الحاصل قبله ومن رأى مالك وأبى حنيفة أن عفو الجاني عليه لا يعتبر
وصية للقاتل ، لأن موجب العمد هو القصاص عيناً ، والعفو ينصب على إسقاط
القصاص ، والقصاص ليس مالا يملك والوصية تمليك لما بعد الموت ، فالعفو عن
القصاص لا يمكن أن يكون وصية .

ويرى أحمد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العاق بلفظ العفو أو الوصية
أو الإبراء أو غير ذلك ، لأنه إذا كان الواجب في العمد هو أحد شيئين ،
القصاص أو الدية ، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال ، أو بمعنى
آخر تمليكا للمال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية ، أما إذا تعين الموجب بأن أبرأه
الجاني عليه من الدية ، أو وصى له بها . فالتعرف وصية لأنه تمليك للمال لما بعد
الموت ، وقد اختلفوا في المذهب في صحة الوصية للقاتل ، فرأى البعض أن
الوصية لا تصح للقاتل ويترتب على هذا رأى أن الجاني يلزم بدية النفس بعد
ختم دية الجرح ، لأن العفو عن الجرح صادف محله فكان إسقاطاً لا وصية ،

ورأى البعض أن الوصية تصح للقاتل ، ويترتب على هذا الرأي أن الدية تسقط إذا كانت تخرج من ثلث التركة ، فإن كانت الدية أكثر من الثلث سقط منها بقدر ثلث التركة ، ووجب الباقي على الجاني ^(١) .

ومذهب الشافعي على أن العفو إذا جاء في صيغة الوصية فهو وصية لقاتل ، كأن يقول : أوصيت له بأرش هذه الجنابة ، فإذا جاء العفو بلفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فيرى البعض أنه وصية أيضاً لأنه تبرع ، ويرى البعض أنه ليس وصية لأنه إسقاط ناجز ، والوصية معلقة بحالة الموت ، والرأي الأخير هو الراجح وكما اختلفوا في حكم الوصية للقاتل ، هل هي صحيحة أم لا ؟ فقال البعض إنها صحيحة وهو الرأي الراجح ، وقال البعض إنها غير صحيحة ، ويترتب على هذا الخلاف في صحة الوصية ماسبق أن بيناه ^(٢)

الصلح

١٩٠ - لا خلاف بين الفقهاء في جواز الصلح على القصاص وأن القصاص يسقط بالصلح ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها والأصل فيه السنة والإجماع . فقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله قال : « من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم » وفي عهد معاوية قتل هويبه بن خشرم قتلاً ^(٣) فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على المروض فيصح أن

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، الإقناع ج ٤ ص ١٨٨ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٤٢٧ .

يكون بدل الصلح قليلاً أو أكثر من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالاً أو مؤجلاً بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على انقصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر ربا فمثلاً لا يصح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل لأن الدية مائة من الإبل ولأن الزيادة ربا.

١٩١ - الفرق بين العفو والصلح : العفو هو إسقاط دون مقابل أما الصلح فهو إسقاط بمقابل وقد ذكرنا أن مالكا وأبا حنيفة يعتبران العفو عن القصاص على الدية صلحاً لا عفواً لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا والدية لا تجب إلا برضاء الجاني فإسقاط القصاص على الدية يقتضى رضا الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صلحاً لأن الواجب عندهما أحد شقي القصاص أو الدية والخيار للولى دون حاجة لرضاء الجاني ومن ثم كان التصرف إسقاطاً من طرف واحد فهو عفو .

١٩٢ - من يملك الصلح : يملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو وقد سبق أن بينا ذلك بمناسبة الكلام على العفو ونزيد عليه هنا أن الشافعي وأحمد يعلان العفو للسلطان لولى الصغير والمجنون على الدية أما مالك وأبو حنيفة فيجعلان لهم حق الصلح لا العفو لأن العفو عندهما إسقاط دون مقابل لما بينا ويشترطان أن لا يكون الصلح على أقل من الدية فإن صالح أحدهما على أقل من الدية صح الصلح ووجب باقى الدية فى ذممة الجانى فإذا كان الجانى معسراً وقت الصلح فبرى مالك عدم الرجوع عليه .

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من المجنى عليه ويصح أن يكون من الولى قبل الموت أو بعده وحكم الصلح فى هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف التى ذكرنا فى العفو .

١٩٤ - وإذا صالح الولى القاتل على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً وقد مرت المسألة فى العفو وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالاً لما ذكرنا فى العفو وإذا قتله

أحد الآخرين بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف والوفاق الذى ذكرنا فى العفو وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولى أحد القتلى فلاّخرين أن يستوفوا ولو تعدد القاتلون فصالح الولى أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين وهكذا كل ما ذكر فى العفو ينطبق فى حالة الصلح .

١٩٥ - وصلح الجنى عليه حكمه حكم عفوّه سواء سرى الجرح وانتهى بالبراءة أو الموت على الوفاق والخلاف الذى ذكرنا فى العفو لكن إذا اعتبر الصلح غير نافذ ولم يقره الأولياء فمليهم أن يردوا للجاني مقابل الصلح إذا كان القاتل قد تسلمه .

إرث حق القصاص

١٦٩ - يسقط القصاص إذا ورثه من ليس له القصاص من القاتل كما يسقط إذا ورثه القاتل كله أو بعضه فإذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص لأن القصاص لا يتجزأ وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقيين وإذا قتل أحد ولدين أبيه ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فسقط القصاص وكذلك الحكم لو ورث بعضه فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) ومن الأمثلة التى يضرّبونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتى :

إذا قتل أحد الأبوين صاحبه ولها ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلاّن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكون لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٠، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣، المذهب ج ٢ ص ١٨٦

المفتى ج ٧ ص ٣٦٢ وما بعدها .

لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منها .
 إذا قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت فورثها ابنها سقط القصاص ولا عبرة بكون الابن لم يرث القصاص إلا بعد وقوع القتل إذ القاعدة أن ما منع مقارناً أسقط طارئاً .
 ولو قتلت امرأة أخاً زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداءً أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره .

ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية قائمة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الأم دون قاتل الأب ، لأن الأم ورثت جزءاً من دم الأب فلما قتلت ورثها قاتل الأب فورث جزءاً من دم نفسه فسقط عنه القصاص وبقى له القصاص على أخيه^(١) ، وإن لم تسكن الزوجية قائمة وقت القتل فعلى كل من الولدين القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه لكونه قتلاً بحق ، فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ، فإذا لم يبدأ أحدهما الآخر بالقتل فقد اختلف أيهما يقتل أولاً ، لأن القصاص من أحدهما يسقط القصاص عن الآخر إذا كان يرثه ، ففي مذهب أحمد يرى البعض البدء بمن ارتكب جريمته أولاً . ويرى البعض الاقتراع بينهما ، والرأى الأخير مذهب الشافعي ، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة ، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يتدبّر بأيهما شاء ، ورأى الحسن ابن زياد بأن يوكل كل منهما وكيلاً لقتل الآخر فيقتلان في وقت واحد فلا يرث أحدهما الآخر ، وقال أبو يوسف بإسقاط القصاص عنهما معاً ، وحجته في ذلك

(١) هذا الحل على مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، أما على مذهب مالك فإن على كل ولد القصاص لأخيه كما هو في السطر الثاني من المثال . وعلة الخلاف أن الزوجة لا تستحق عند مالك فهي لا ترث شيئاً من حق القصاص عند الأب .

تعذر استيفاء القصاص لأنه إذا استوفى أحدهما سقط القصاص عن الآخر ، وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر ، وفي استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما وإسقاط حق الآخر ، وهذا لا يجوز ، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد ، لأن الفعلين قلما يتفقان في زمان ، بل يسبق أحدهما الآخر عادة ، وإذا اتفق الفعلان فإن أثر كل من الفعلين وهو فوات الحياة لا يمكن أن يتفق مع أثر الفعل الآخر ، فإذا تخاف الفعل أو أثره فقد ورث من وقع عليه الفعل الخلف زميله وسقط عنه القصاص فكأنه قتل دون حق^(١) .

ويلاحظ أن مالكا يفرق بين استحقاق القصاص ووارث حق القصاص فاستحقاق القصاص هو العاصب الذكر والمرأة التي توفرت فيها شروط خاصة سبق بيانها^(٢) فإذا مات من يستحق القصاص ورثه ورثته الذين يرثون المال من غير خصوصية للقضية فيرثه البنات والأمهات ويكون لمن العفو والقصاص كما لو كانوا كلهم عصابة لأنهم ورثوه عن كان ذلك له ولا يستثنى من الورثة إلا الزوجين فإنهما وإن ورثا المال لا يرثان حق القصاص .

ويرى أشهب أحد فقهاء مذهب مالك أن القصاص لا يسقط عن الجاني إذا ورث جزءاً من دم نفسه إلا إذا كان من بقى من المستحقين يستقل الواحد منهم بالعفو^(٣) أما إذا كان الباقي لا يستقل أحد منهم بالعفو ولا بد في العفو من إجماعهم عليه فلا يسقط القصاص عن الجاني الوارث لجزء من دمه كمن قتل أخاه شقيقه وترك المقتول بنتين وثلاثة أخوة أشقاء غير القاتل فمات أبوه ولا وارث له إلا إخوته الثلاثة القاتل والأخوان الآخرون فقد ورث القاتل قسطاً من نفسه ولا يسقط القصاص عنه حتى تعفو البنات والأخوان الباقيان أو البعض من كل^(٤) .
أى من هؤلاء وهؤلاء .

(١) الفتى ج ٩ ص ٣٦٢ وما بعدها ، بدائع الصنائع ص ٢٥١ .

(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .

(٣) راجع الفقرتين ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٤) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ .

الكفارة

١٩٧ - الأصل في الكفارة قوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقية مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقية مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقية مؤمنة فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله﴾ .

١٩٨ - والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقية مؤمنة فن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

١٩٩ - وظاهر من النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبة في القتل الخطأ وكذلك في القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه ولكنهم اختلفوا في وجوبها في القتل فرأى الشافعي أنها تجب في العمد لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالإثم أولى . واستند إلى ما رواه واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال : « اعتقوا عنه رقية يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار »^(١) .

ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعي ولكن المشهور في مذهبه أن لا كفارة في القتل العمد وحجة القائلين بأن لا كفارة في العمد أن النص الخاص بالقتل جاء خلواً من الكفارة وأن الله جعل جزاء القتل العمد القصاص من القاتل وجهنم خالداً فيها ومفهوم هذا أن لا كفارة في القتل العمد ويستندون إلى أن سويد بن الصامت قتل رجلاً في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القود ولم يوجب كفارة .

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٣٤ .

وأن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي فوداهما ولم
يوجب كفارة^(١).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة في القتل العمد لأن الكفارة دائرة
بين العباد والمقوبة فلا بد من أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة لتعلق
العبادة بالمباح والقتل بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناظر به الكفارة
ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لا بد من
النص عليها^(٢).

ولا يوجب مالك الكفارة في القتل العمد، ولكنه يراها مندوباً إليها في
العمد الذي لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعي أو للنفو^(٣).
وسنذكر فيما يلي أحكام الكفارة مقارنة في المذاهب مع ملاحظة الفرق
بين ما يميزها في القتل العمد ومن لا يميزها.

٢٠٠ - على من تجب الكفارة؟ تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد
على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم . لا يستثنى
من ذلك إلا الحرى فتجب على الذمي والمعاهد والمستأمن^(٤) ويرى مالك أنها
تجب على الصبي البالغ والعاقل والمجنون . ولكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها
عقوبة تعبدية^(٥).

ويرى أبو حنيفة أن الكفارة لا تجب إلا على مسلم بالغ ، فهي لا تجب على
الصبي والمجنون وغير المسلم ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلاً ،
أي لا مسؤولية عليهما ، ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٠ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كانت عقوبة إلا أنها في الوقت نفسه عبادة ، ويرد على أبي حنيفة بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية ، فيما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما الكافر فيلزم بها لعموم النص .

٢٠١ — تعدد الكفارة بتعدد الجناة : إذا تعدد الجناة في قتل يوجب الكفارة لزم كل جان كفارة مستقلة ، وعلى هذا أجمع الأئمة الأربعة ، لأن الكفارة عن الفعل فلا يتبعص وتكون كاملة في حق كل واحد من المشتركين في القتل كالتقصاص يجب على كل مشترك في القتل .

وهناك رواية عن أحمد ورأى في مذهب الشافعي بأن على الجميع كفارة واحدة ، وهذا يتفق مع رأى أبي ثور والأوزاعي ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن النص أوجب في القتل دية واحدة وكفارة واحدة ، وإذا كان من المسلم به أن الدية لا تتعدد فكذلك يجب أن يكون شأن الكفارة^(١) .

٢٠٢ — وكفارة القتل كما قلنا هي عتق رقبة مؤمنة . فإن لم يجدها القاتل في ملكه فاضلة عن حاجته ، أو يجد ثمنها في ماله فاضلا عن كفايته ، فصيام شهرين متتابعين ، فليس بشرط إذن أن تكون الكفارة عتق رقبة بالذات لأنها قيمتها تقوم مقامها ، وعلى هذا يمكن أن نقول : إن الكفارة بعد إلغاء الرق لا تكون بعتق رقبة ، وإنما تكون بالتصدق بقيمة الرقبة إذا كان لدى القاتل ما يفيض عن حاجته ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وتقدير قيمة الرقبة يترك لأولياء الأمور .

وإذا لم يستطع القاتل الصيام فيرى البعض ، أن الصيام يثبت في ذمته حتى يستطيعه أو يستطيع قيمة الرقبة ، ويرى البعض أن على القاتل إذا لم يستطع الصوم أن يطعم ستين مسكينا قيسا على ما جاء في كفارة الظهار ، ويعترض على هذا الرأى بأن الله ذكر العتق والصيام فقط في القتل ، وذكر العتق

(١) المعنى ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٣٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

والصيام والإطعام في الظهار ، ولو وجب الإطعام في القتل لذكره كما ذكره في حالة الظهار^(١) .

هل تجب الكفارة في كل قتل ؟ تجب الكفارة في القتل المحرم فقط ، أما القتل المباح فلا تجب فيه ، كقتل قاطع الطريق والقتل للقصاص وقتل الحرب والقتل دفاعاً عن النفس ، وتجب الكفارة سواء كان القتل مسلماً أو غير مسلم ، وذكراً أو أنثى ، صغيراً أو كبيراً ، وسواء كان القتل في دار الاسلام أو دار الحرب باتفاق .

واختلف في قتل النفس ، فرأى الشافعي أن على قاتل نفسه الكفارة في ماله لأن القتل محرم والنص عام يدخل تحت قتل النفس . وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى ما يراه الشافعي ، والثاني : يرى أن لا كفارة في قتل النفس . لأن النص مقصود به قتل الغير بدليل قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقاتل نفسه لا تجب فيه دية كما أن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبي عليه السلام فيه بكفارة ويرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس^(٢)

القتل المباشر والقتل بالتسبب : - وتجب الكفارة عند مالك والشافعي وأحمد سواء كان القتل مباشراً أو تسبباً ، ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة في القتل بالتسبب أي لو كان نوعه أي ولو كان خطأ^(٣) .

العقوبات البدلية للقتل العمد

٢٠٣ - عقوبات القتل العمد البدلية بثلاثة : الدية ، التعزير ، الصيام والدية والتعزير بدل من القصاص ، والصيام بدل من الكفارة ، وسنبين فيما يلي أحكام هذه العقوبات الثلاث واحدة بعد أخرى :

(١) المغني ج ١٠ ص ٤١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، المغني ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ . نهاية المحتاج ج ٧

ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ بدائع الصنائع ص ٢٥٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ ، المغني ج ١٠ ص ٣٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

أولاً : الدية :

٢٠٤ - الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب ف قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ .

وأما السنة : فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه : « وإن في النفس مائة من الإبل » وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجلمة

٢٠٥ - والدية في القتل العمد ليست عقوبة أصلية : وإنما هي عقوبة بدلية قررت بدلاً من العقوبة الأصلية وهي القصاص ، وتحل الدية محل القصاص كلما امتنع القصاص أو سقط بسبب من أسباب الامتناع أو السقوط بصفة عامة ، مع مراعاة أن هناك حالات يسقط فيها القصاص ولا تحل محله الدية كحالة العفو مجاناً وكحالة موت الجاني عند مالك وأبي حنيفة ، ولقد سبق أن بينا بتفصيل حالات سقوط القصاص . والآراء المختلفة فيها وما يحل محل القصاص .

ولا يعتبر الدية في حالة قتل الأب ولده عقوبة أصلية . لأن العقوبة الأصلية للقتل هي القصاص . وإنما استثنى الأب منها لقوله عليه السلام : « لا يقاد الوالد بولده » والتعبير بلفظ يقاد دليل على أن القود هو الأصل ولكن صلة الأبوة تمنع منه فحلت الدية محله .

٢٠٦ - الأجناس التي تجب فيها الدية : تجب الدية عند مالك وأبي حنيفة في ثلاث أجناس : الإبل . والذهب والفضة^(١) .

ولا تجب الدية فيها كلها ، وإنما في واحد منها ، فإذا قضيت الدية من الإبل أو من الذهب أو من الفضة فالقضاء صحيح ، لأن كل واحد من هذه الأجناس

(١) وحجتهما أن رسول الله قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه يجعل دية كل ذى عهد على عهده ألف دينار .

يقوم مقام الآخر ويرى أحد ومعه أبو يوسف ومحمد ، أن الدية تجب في ستة أجناس : الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل^(١).

وكان الشافعي يرى قديماً رأى مالاث وأبي حنيفة ثم عدل عنه وقال : إن الدية تجب في جنس واحد هو الإبل ، وأساس رأى الشافعي الأخير ، أن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن ما عدا الإبل من الذهب أو الفضة أو غيرها أبدال تزيد وتنقص بحسب زيادة قيمة الإبل ونقصها . وليست هذه الأبدال أصولاً ثابتة كالإبل .

وحجة الشافعي حديث الزهري قال : « كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل ، قيمة كل بعير أوقية ، ثم غلت قيمة الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو أربعائة دينار » ويستدل الشافعي على أن الأصل هو الإبل . بأن التغليظ جاء في الإبل لافي غيرها فلو كان غيرها أصولاً لجاء فيها التغليظ أيضاً^(٢).

وباق الفقهاء يسلون بأن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن تقدير الذهب والفضة وغيرها روعى فيه وقت التقدير قيمة الإبل ، ولكنهم لا يعتبرون ما عدا الإبل أبدالاً عنها ، ويرون أن الذهب والفضة أصبحت أصولاً ، أو يرون أنها والدية جميعاً أبدال من التلف وهو القتل ، فصفتها واحدة ولا يتميز جنس منها عن جنس .

وأهمية اعتبار أحد هذه الأجناس أصلاً أو عدم اعتباره تظهر عند تسليم

(١) وحجتهم عمل عمر رضي الله عنه فإنه قضى بالدية من هذه الأجناس جميعاً حين كانت الديات على العوائل ، وروى عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت ، فنقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة . وعلى أهل الشاة اثني شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(١٢) - التشريع الجنائي الإسلامي (٢)

الدية ، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولاً ، لم يكن لولى الدم أن يمتنع عن تسلم أى شيء منها أحضره من عليه الدية ، ويلزم الولي بأخذه دون أن يكون له المطالبة بغيره لأنها جميعاً أصول في قضاء الواجب يحزى واحد منها ، فالخيرة فيها لمن وجبت عليه الدية لا لمن وجبت له ، أما إذا قيل إن الإبل هي الأصل خاصة فعلى القاتل تسليمها للولى سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فلآخر منعه لأن الحق متعين فيها ، وإذا أعوزت الإبل ولم توجد فعلى القاتل ثمنها مهما بلغت قيمة الإبل ولو زادت عن ألف دينار واثني عشر ألف درهم ، وكان رأى الشافعى قديماً كراى مالك وأبى حنيفة يقضى في حالة إعواز الإبل بدفع ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم ، لأنه كان يعتبر الإبل والذهب والفضة أصولاً كلها . وإذا قلت قيمة الإبل بحسب رأى الشافعى ولم تصل إلى ألف دينار فالولى ملزم بأخذها مهما قلت قيمتها ، لأن ما نحن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن حق الولي يتعين في الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها^(١).

٢٠٧ - مقرر العرايب من كل جنس : الواجب من الإبل هو مائة من الإبل ومن الذهب ألف دينار والدينار مثقال من الذهب ومن الورق اثنا عشر ألف درهم طبقاً لرأى مالك وأحد ورأى الشافعى القديم وعشرة آلاف درهم طبقاً لرأى أبى حنيفة وأساس الخلاف أن الفريق الأول يجعل الدينار اثني عشر درهماً والفريق الثانى يجعله عشرة دراهم ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفان ومن الحلل مائتا حلة ونلاحظ مما ذكرنا عن الاتفاق والاختلاف على تقدير هذه الأجناس .

٢٠٨ - على من نهب البرية في القتل العمر : من المتفق عليه أن دية القتل العمد تجب في مال القاتل فلا يحملها غيره عنه وهذا يتفق مع مبادئ

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٥ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ ، المغنى ج ٩ ص ٤٨٨

الشريعة العامة التي تقضى بأن بدل التلف يجب على المتلف وأن أرش الجناية على الجاني ويتفق مع قول الرسول عليه السلام « تُعْجِنِي جَانٍ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ » والواقع أن الجناية هي أثر فعل الجاني فيجب أن يقتص بضررها كما يقتص بنفسها .
 مقدار ما يلزم به القاتل عن قتله : إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلزم كل منهم بدية مستقلة وإذا عفى عن بعض الجناة على الدية واقتص من البعض الآخر فعلى المعفو عنهم كل منهم حصته فقط من الدية مقسمة على عدد رؤوس القتولين من اقتص منه ومن عفا عنه .

وإذا نتج الموت من عدة أسباب كان طعنه شخص عمداً برمح وأصابه آخر خطأ وعقرته دابته بعد ذلك فمات من هذه الحالات الثلاثة فعلى المتعمد ثلث الدية بغض النظر عن عدد ما أحدثه من إصابات ولا يلتزم كل واحد من القتولين بدية مستقلة حال العفو أو امتناع القصاص ولو أن عليهم القصاص جميعاً ذلك لأن القصاص عقوبة على الفعل فيتعهد بتعدد الفاعلين . أما الدية فبدل المحل المتلف وهو واحد^(١) .

٢٠٩- ولكن الفقهاء مع هذا اختلفوا فيمن يحمل دية القتل إذا كان القاتل حدثاً صغيراً أو مجنوناً فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمدوا الفعل لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمداً إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما : يتفق مع رأي باقي الأئمة وهو المرجوح والثاني : يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما^(٢) .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ ، ٣٣٦ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ ، شرح الدردير ص ٢١٠ ، المغني ج ٩ ص ٥٠٦ .
 المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

٢١٠ - أوصاف الإبل في دية العمر : - يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية في القتل العمد مائة من الإبل تقسم أرباعاً خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ويرى الشافعي ومحمد بن الحسن من فقهاء مذهب أبي حنيفة ولاحمد رأى يتفق معهما أن دية العمد مائة من الإبل مثلثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وحجة هؤلاء ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم » .

ومارواه عبد الله بن عمرو من أن رسول الله قال « ألا إن في قتل عمد الخطأ قتل السوط والنصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها » وما رواه عمرو بن شعيب من أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه^(١) والخلفة الحامل وقول الرسول في بطونها أولادها تأكيد ولما تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفه تجزى في الدية ولو لم تبلغ السن لأن لفظ خلفه مطلق ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدلها .

٢١١ - هل تغلظ الدية من العمر ؟ يرى مالك تغليظ الدية من العمد في حالة واحدة هي قتل الوالد لولده ففي هذه الحالة تغلظ الدية وتكون مثلثة بدلاً من كونها مربعة ويلزم القاتل بمائة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه^(٢) فإن لم تكن إبل فالتغليظ من الذهب أو الفضة وذلك بأن ينظر قيمة الإبل متغلظة وقيمتها غير مغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ والمفتي ج ٩ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

هذا الفرق على الذهب أو الفضة فنلا إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخفضة ستائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوى المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق ما يساوى ثلثه ويرى أحد أن الدية تغلظ في العمد لأسباب ثلاثة هي : القتل في الحرم ، والقتل في الشهور الحرم ، وقتل الحرم واختلفوا في المذهب في التغليظ لقتل ذى رحم محرم وصفة التغليظ عند أحمد أن يضاف لكل واحد من أسباب التغليظ ثلث الدية فإذا اجتمعت الأسباب الثلاثة وجبت ديتان ولا يرى الشافعى التغليظ في العمد وإنما يراه في الخطأ كما سنرى فيما بعد وقد احتج عليه فقهاء مذهب أحمد بأنه إذا جاز التغليظ في الخطأ فهو في العمد أولى والظاهر أن الشافعى لم ير التغليظ في العمد لأنه جمل دية العمد مغلظة إذ جعلها مثلثة بينما جعلها أحمد مربعة^(١) ولا يرى أبو حنيفة التغليظ في العمد لأنه يرى دية العمد مغلظة بالنسبة لغيرها إذ هي مربعة بينما دية الخطأ خمسة ولأنها في مال الجاني بينما دية الخطأ على العاقلة^(٢) .

٢١٢- وقت الدية في العمد : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الدية في العمد تجب حالة غير مؤجلة إلا إذا رضى ولى الدم بالتأجيل فيكون التأجيل مرجعه الاتفاق وحجتهم أن الدية في العمد بدل القصاص وهو حال فتكون مثله حالة ولأن في التأجيل تخفيفاً والعمد لا يستحق التخفيف^(٣) .

ويرى أبو حنيفة أن دية العمد تجب مؤجلة لثلاث سنوات كما هو الأمر في دية الخطأ ويكفى العمد تغليظاً بثبوت الدية وجعلها في ماله^(٤) .

٢١٣ - هل تساوى الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما : الجنس ، وثانيهما : التكافؤ والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه وفيما عدا

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .

(٣) شرح الدردير ص ٢٥٠ ، المغنى ج ٩ ص ٤٨٩ ، نهاية المحتاج ص ٣٠٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .

هذين السبيين فلا اختلاف فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوي ودية المريض كدية الصحيح ودية المتعلم كدية الجاهل ودية الشريف كدية الوضيع.

٢١٤ - الجنس : اتفق الفقهاء على أن دية المرأة في القتل نصف دية

الرجل أخذاً بما نسبته الرسول حيث كتب في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد أجمع الصحابة على هذا فيروى عن عمر وعلى وعثمان وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أنهم قالوا : إن دية المرأة على النصف من دية الرجل ولم ينقل أن أحداً أنكر عليهم فيكون إجماعاً ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها^(١).

٢١٥ - التفاضل : أساس التكافؤ عند من يقول به من فقهاء الشريعة

الحرية والإسلام فإذا تكافأ الأشخاص فقد تساوت دياتهم ولا عبرة بما بينهم من اختلافات طبيعية أو غير طبيعية ولقد ألغى الرق من العالم فلا محل للكلام على الحرية ولكننا نستطيع أن نلخص رأى الفقهاء في ذلك فنقول : إنهم كانوا يحملون دية الرقيق قيمته التي يساويها وقت القتل فإن كانت أكثر من دية حر فهي دية وإن كانت أقل فهي دية

أما لإسلام فلا يراه أبو حنيفة مانعاً من التكافؤ لأن أساس التكافؤ عنده الحرية فقط ومن ثم فدية المسلم عنده تساوى دية غير المسلم سواء كان كتابياً أو غير كتابي كالجوسي وعابد الوثن أو الشمس وحجة أبي حنيفة أن الله تعالى قال ﴿ فإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ﴾ فأطلق القول في الدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب في الكل على قدر واحد كذلك فإن الرسول عليه السلام جعل دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار وروى أن عمرو بن أمية الضمري قتل منافقين ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، المنقح ج ٩ ص ٥٣١ ، المذهب ج ٢ ص ٢١١

شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ .

فيهما بذية حرين مسلمين وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذي بمثل دية المسلم وروى عن ابن مسعود أنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ثم إن وجوب كمال الدية أساسه كمال حال القتل فما رجع إلى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد كل هذا أما الكفر فلا يؤثر في أحكام الدنيا^(١).

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن دية الكتابي على النصف من دية المسلم وأن دية نسائهم على النصف من دياتهم وحجتهم ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله عليه السلام قال: « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ آخر عقل الكتابي نصف عقل المسلم ويرى أحمد وحده أن المسلم إذا قتل ذمياً تضاعف عليه الدية فتكون دية الذي دية كاملة وحجته أن عثمان قضى بهذا في رجل قتل رجلاً من أهل الذمة.

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من دياتهم وعبدة الأوثان ومن لا كتاب له فيلحقون بالمجوسيين^(٢) وحجتهم أن بعض الصحابة قضى بهذا وأن المجوس ومن لا كتاب له أنقص مرتبة من الكتابي لنقصان دينه.

ونظرية أبي حنيفة في التسوية بين الأشخاص دون نظر إلى أديانهم متفق مع الاتجاهات الحديثة من التشريعات الوضعية الحديثة فهي تسوي بين الأشخاص ولو اختلفت أديانهم في المسائل التي لا تبني على الدين والمتعلقة بالدنيا.

ثانياً : التعزير :

٢١٦ - يعتبر التعزير عقوبة بدلية في القتل العمد ويوجب مالك أن يعاقب القاتل تعزيراً كلما امتنع القصاص أو سقط عنه لسبب من الأسباب فيما عدا سقوطه بالموت طبعاً وسواء بقيت الدية أم سقطت هي الأخرى ويرى أن

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ ، المغني ج ٩ ص ٥٢٧ وما بعدهما ، المذهب ج ٢ ص ٣١١ .

تكون العقوبة الحبس لمدة سنة والجلد مائة جلدة^(١).

ولا يرى باقى الأئمة هذا ويقولون :إن هذا حق الله تعالى أى حق للجماعة بعد سقوط القصاص وهى تأديب للقاتل يرجع نفعه للناس كافة ونقل ابن رشد عن أبى ثور أن القاتل إذا كان معروفاً بالشر وسقط القصاص عنه بسبب عفوولى الدم فإن الإمام يؤدبه على قدر مايرى . والأئمة الثلاثة لا يوجبون عقوبة معينة على القاتل إذا سقط القصاص أو عفى عنه ولكن ليس عندهم ما يمنع من عقاب القاتل عقوبة تعزيرية بالقدر الذى تراه الهيئة التشريعية صالحا لتأديبه وزجر غيره ويلاحظ الفرق الظاهر بين عقوبة التعزير التى تحل محل القصاص وبين عقوبة التعزير على جرائم الشروع فى القتل الخائبة . فالعقوبة فى الحالة الأولى بدلية وفى الحالة الثانية أصلية . كذلك هناك فرق بين عقوبة التعزير التى توقع على الشركاء وبين العقوبة فى الحالة الأولى فعقوبة الشركاء أصلية لأن الشريعة لا تعاقب الشركاء بالقتل ولا الدية وإنما تعاقبهم بالتعزير عدا مايراه مالك فى حالة الاشتراك بالمساعدة أما عقوبة التعزير فى الحالة الأولى فهى بدلية ولو أنها واقعة على الفاعل الأصلى .

وليس ن الشريعة ما يمنع أن تكون عقوبة التعزير فى جريمة القتل الإعدام أو الحبس مدى الحياة .

ثالثاً - الصيام :

٢١٧ - الصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهى العتق ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه وإن لم يجد وجب عليه الصيام .

٢١٨ - ومدة الصوم شهران ويشترط فى الصيام أن يكون متتابعاً فإذا كان متفرقاً لم يجزى . وتحتسب المدة بالأهلة إذا صام من أول الشهر ولو

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كان أحد الشهرين ناقصاً فإذا صام من وسط الشهر تحسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً^(١).

٢١٩ - وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر فيرى مالك وأبو حنيفة وبعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن الصوم يثبت في ذمته وليس عليه شيء آخر بدلا من الصوم ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن عليه إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظهار فقد نص فيها على العتق وعلى الصيام ثم الإطعام عند العجز عن العتق والصيام^(٢).

٢٢٠ - ولا يجب الصيام أصلاً إلا على بالغ عاقل^(٣) وترتب على هذا أن الصيام يجب تأخيره لحين البلوغ أو الإفاقة عند من يقول بأن الكفارة واجبة على الصبي والمجنون.

العقوبات التبعية للقتل العمد

٢٢١ - العقوبات التبعية للقتل عقوبتان: الأولى: الحرمان من الميراث الثانية: الحرمان من الوصية.

«أولاً» الحرمان من الميراث

٢٢٢ - الأصل في ذلك قوله عليه السلام: «ليس للقاتل شيء من الميراث وليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة».

وقد اختلف الفقهاء في تطبيق النص اختلافاً كبيراً بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة.

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٢٧ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٢٦ : المذهب ج ٢ ص ١٢٩ الإقناع ج ٤ ص ٩٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٩ . المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ المغني ج ١٠ ص ٤١ .

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ج ٢ ص ٣٩٥ والمذهب ج ١ ص ١٨٩

٢٢٢ - فالإمام يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً وسواء اقتص من القاتل أو درىء عند القصاص بسبب ما .

ويلاحظ أن القتل العمد عند مالك يشمل القتل شبه العمد أيضاً لأنه يقسم القتل إلى عمد وخطأ . أما القتل الخطأ عند مالك : فلا يحرم القاتل من ميراث المقتول وإنما يحرمه فقط من الدية التي وجبت بالقتل واختلف في مذهب مالك في الصغير والمجنون إذا قتل عمداً هل يمنعان من الميراث أم لا ؟ فرأى البعض أن لا يمنعان من الميراث لأن عمدهما كخطئهما ، ورأى البعض حرمانها من الميراث وهو الراجح في المذهب .

وإذا كان القتل عمداً ولكنه غير عدوان فلا يحرم من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس فمن قتل ولده دفاعاً عن نفسه يرث ولده والحاكم الذي ينفذ القصاص أو الحد على ولده يرثه^(١) .

٢٢٤ - ويرى أبو حنيفة : أن القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ . كل هذه الأنواع من القتل تحرم القاتل من الميراث بشروط :

أولها : أن يكون القتل مباشراً فإن كان القتل بالتسبب فلا حرمان من الميراث ، وثو كان القتل عمداً .

وثانيها : أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً ، فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلا حرمان .

وثالثها . أن يكون القتل في العمد وشبه العمد عدواناً ، فإن كان بحق كالقتل دفاعاً عن النفس فلا يكون القتل مانعاً من الميراث^(٢) .

٢٢٥ - واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من فرق بين القتل المضمون

وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضموناً لأنه

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ - ٥٠٠ .

قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث لأنه قتل بحق .
ومنهم من قال : - إن كان متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث كما في
القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم في الزنا على أساس البينة على مورثه فإنه يحرم
لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث ، وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا
حرمان لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأي الراجح في المذهب غير هذين : وهو أن القاتل يحرم من الإرث في
كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة
أو تسبياً ، وسواء كان القتل بحق أو بغير حق وسواء كان القاتل بالغاً عاقلاً
أو صغيراً مجنوناً ، وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد
الدرائع ومنع المورث من استعجال الميراث^(١) .

٢٢٦ - ويرى أحمد : أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث
سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ وسواء كان مباشرة أو تسبياً ، وسواء
كان من صغير أو مجنون أو من بالغ عاقل ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع
من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً . ويمالون حرمان الصبي
والجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلاً بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم
لكنه لم يماقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور
الأهلية لا يمنع من حرمان الميراث ، بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث
صوناً للدماء^(٢) .

« ثانياً » الحرمان من الوصية

٢٢٧ - الأصل في الحرمان من الوصية قول الرسول صلى الله عليه وسلم :
« لا وصية لقاتل » ، « ليس لقاتل شيء » وذكره « الشيء » نكرة في محل
النفي يعم الميراث والوصية جميعاً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ وراجع أحكام المرأة ص ٥٨٦ وما بعدها بحلة القانون
والاقتصاد السنة السادسة .

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقهما :

٢٢٨ - ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والخطأ كما فرقوا

في الميراث ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سبباً للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالماً بأنه هو قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية في المال وفي الدية .

ولكنهم اختلفوا في القتل العمد. فرأى بعضهم أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت . وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية .

ويرى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمداً سواء علم الوصى بأنه قاتله أو لم يعلم ويستوى عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين^(١).

٢٢٩ - ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية في القتل العمد

والعدواني وشبه العمد العدواني والخطأ وما جرى مجرى الخطأ بشرط أن يكون القتل مباشراً لا قتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالغا عاقلاً فإن كان القتل بالتسبب أو كان القاتل صغيراً أو مجنوناً أو كان القتل ليس عدواناً فلا يحرم القاتل من الوصية^(٢) ، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح للقاتل ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة والقتل لا ينعقد بإجازة الورثة .

٢٣٠ - وفي مذهب الشافعي وأحمد نظريتان : أما الأولى : فيرى

أصحابها أن الوصية لا تصح للقاتل وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى

(١) واهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٨ شرح الدردير ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

فريقين : فريق يرى أن الوصية لاتصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لامصلحة الورثة بإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغي أن تتوفر فيها شروط الهبة ، وفريق آخر يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .
والنظرية الثانية يرى أصحابها أن الوصية صحيحة في كل حال للقاتل دون حاجة لإجازة الورثة .

عقوبات القتل شبه العمد

٢٣١ - العقوبات على القتل شبه العمد منها ماهو أصلي : وهو الدية والكفارة ، ومنها ماهو بدل : وهو التعزير والصيام ، ومنها ماهو تبعي : وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

العقوبات الأصلية

أولا - الدية

٢٣٢ - الدية: هي العقوبة الأصلية الأساسية للقتل شبه العمد والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن في قتل عمد خطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

وتعتبر الدية في شبه العمد عقوبة أصلية لأنها ليست بدلا من عقوبة أخرى ، ولأنها العقوبة الأساسية لهذا النوع من القتل ، ولكن الدية في القتل العمد تعتبر عقوبة بدلية لا أصلية لأنها بدل من عقوبة القصاص وهي العقوبة الأصلية للقتل العمد .

٢٣٣ - الأجناس التي تجب فيها دية القتل شبه العمد : تجب دية القتل شبه العمد في نفس الأجناس التي تجب فيها الدية في القتل العمد . فهي عند الشافعي تجب في الإبل وحدها ، وعند مالك وأبي حنيفة تجب في ثلاثة أجناس هي : الإبل والذهب والفضة وعند أحمد وأبي يوسف ومحمد تجب في ستة أجناس هي : الإبل والذهب والفضة والشعير والغنم والحمل .

وقد بينا أسباب هذا الخلاف وسند كل فريق وأهمية هذا الخلاف وما قلناه
عن هذا كله في دية القتل العمد التي من إعادته (١).

٢٣٤ - مقدار الواجب من كل نفس : المقدار الواجب من كل جنس
في دية شبه العمد نفس المقدار الواجب في دية القتل العمد وقد سبق أن
ذكرنا ما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن دية القتل العمد (٢).

والسؤال : هل تمايز المراتب لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين
أولهما : الجنس وثانيهما : التكافؤ ، والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه وقد تكلمنا
عن هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الفقرة « ٢١٢ » وما قيل هناك هو ما يمكن
أن يقال هنا .

٢٣٦ - أرصاف الربل في دية شبه العمد : هي نفس أوصافها في دية
العمد على الخلاف والوفاق الذي سبق ذكره هناك مع ملاحظة أن شبه العمد
يدخل في العمد عند مالك إلا ما كان على وجه اللعب أو التأديب لأن القتل
عنده إما عمد وإما خطأ .

٢٣٧ - هل تغلظ الدية في شبه العمد : لا يرى التغلظ في شبه العمد إلا
أحمد للأسباب التي بيناها عند الكلام على التغلظ في دية العمد وصفة التغلظ
وكيفيته هناك هي صفته وكيفيته هنا . ومن يقول من المالكية بشبه العمد
يرى أن الدية تغلظ في شبه العمد وهو ضرب المؤدب والأب ولده والأم
والأجداد وفعل الطيب والخائن وهو كل من جاز فعله شرعاً ، وقيل : اللطمة
والوكرزة والرمية والحجر والضرب بعصاة متعمداً فهذا شبه العمد وتكون فيه
دية مغلظة على الجاني وليست على العاقلة (٣) والرأي المشهور في مذهب مالك
أنه لا يعرف شبه العمد .

(١) راجع الفقرة ٢٠٦ .

(٢) راجع الفقرة ٢٠٧ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٦ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

٢٣٨ - على من نجب دية شبه العمد ؟ : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد وهم القائلون بالقتل شبه العمد أن دية شبه العمد تجب على العاقلة وليست في مال الجاني ، ويخالفهم في هذا ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصب ، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل في ماله لأنها موجب فعله الذي تعمد به فلا تحمله عنه العاقلة كما هو الحال في العمد المحض ، وهذا هو مقتضى مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده في حكم العمد ، وهو يجعل الدية في العمد في مال القاتل ، فكان ما يعتبر شبه عمد عند مالك إذا وجبت فيه الدية وجبت في مال القاتل لا في مال العاقلة^(١) .

وحجة القائلين بتحميل الدية العاقلة ما رواه أبو هريرة قال : « اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها ومأى بطنها فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها أى على عاقلة الجانية » ويقولون إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد في الأول يقصد الجاني الفعل ويقصد القتل فعلا على الجاني من كل وجه ، أما في الثاني فيقصد الجاني الفعل ولا يقصد القتل ، فعلا على من وجه حيث جعلت عليه الدية مغلفة كما هو الحال في دية العمد ، وخففت عليه من وجه لأنه لا يقصد القتل وجعلت الدية على العاقلة كما هو الحال في القتل الخطأ .

هل تجب الرية على الجاني ابتداء أصم على العاقلة ؟ اختلفوا في التصوير القانوني لتحميل الدية ففي مذهب الشافعي وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ولا تجب على الجاني لأنه لا يطالب بها غيرهم ولا يمتبر تحملهم ورضاهم بها ، فهم ملزمون رضوا أم لم يرضوا ولا تجب على غيرهم ، والأرجح في المذهب أنها تجب ابتداء على الجاني لأنه هو الذي ارتكب الجفائية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفاً عنه ومناصرة له ولأن حفظ القاتل في الواقع واجب على عاقلته فإذا لم يحفظوه فقد فرطوا ، وهذا التفريط يقتضي منهم أن يتحملوا بعض نتائج ذنبه خصوصاً وأن القاتل يقتل بظهر عشيرته ، فكانوا كالمشاركين له في القتل ، وعلى هذا الرأي أبو حنيفة ومالك^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، المغني ج ٩ ص ٤٩١ ، المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠ ، المغني ص ٥٢٦-٥٢٥ .

وتظهر نتيجة الفرق بين الرأيين إذا لم يكن للجاني عاقلة ، أو كان له ولكنها لا تستطيع حمل الدية ، فإن أخذنا بالرأى الأول وجب ألا يرجع على الجاني بالدية ، وإن أخذنا بالرأى الثاني وجب أن يرجع عليه بها لأنه هو الجاني المسؤول عن الدية أصلاً^(١).

٢٣٩ - متى تؤدى نية شبه العمد : من المتفق عليه بين الأئمة الثلاثة أن دية شبه العمد ليست حالة وأنها تجب مؤجلة في ثلاث سنوات ، فيؤدى في آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر بدء السنة عند الشافعي وأحمد من اليوم الذي تجب فيه الدية وهو يوم الموت ويرى أبو حنيفة أن السنة تبدأ من يوم الحكم بالدية لا من يوم الموت. وهذا هو ما يراه مالك في دية الخطأ^(٢).

وإذا كان الواجب دية واحدة فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها ، فإذا كان الواجب على شخص واحد أكثر من دية كأن قتل شخصين مثلاً فعليه لكل واحد منهما ثلث الدية في كل سنة لأن لكل واحد منهما دية مستقلة فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه ، ولو وجبت الدية على عواقل كثيرة فإذا قتل عشرة مثلاً شخصاً وجبت الدية على عواقلهم وقسط نصيب كل عاقلة على ثلاث سنوات وفي الدية الناقصة كدية المرأة وجهان : أحدهما : أنها تقسم في ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة فتأخذ حكمها . وثانيهما : الدية الناقصة يجب فيها في العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني ، والوجه الأول يقول به بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد^(٣) والثاني مذهب أبي حنيفة ويقول به بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد ويرى مالك التأجيل على ثلاث سنوات في الدية الكاملة أما الدية الناقصة ففيها آراء مختلفة منها أنها حالة ومنها أنها تؤجل على أن ما يدفع لا يقل عن ثلث الدية الكاملة^(٤).

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٣٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، المتن ج ٩ ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ ، المذهب

ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٦٧ -

وإذا وجبت الدية بالصالح فهي حالة في مال الجاني ما لم يكن هناك شرط بتأجيلها ، وإذا وجبت بإقرار الجاني فيرى أبو حنيفة أنها تجب مؤجلة ويرى أحمد أنها تجب حالة وهو رأى الشافعي ومالك ^(١) .

٢٤٠ - هل تحمل العاقلة كل البرية في القتل شبه العمر ؟ يرى أحد أن العاقلة لا تحمل مادون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليها حملته العاقلة وحجته ماروى عن عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة « وعقل المأمومة ثلث للدية » ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنائته وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر الجنائيات والمتلفات ، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يحجب به ^(٢) ويرى أبو حنيفة أن العاقلة لا تحمل مادون نصف عشر الدية الكاملة ويحملة الجاني فإن بلغ نصف عشر الدية حملته العاقلة وحجته ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمداً - إلى قوله - ولا مادون أرش الموضحة » . « أرش الموضحة نصف عشر الدية الكاملة » ^(٣) .

ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو أكثر من الدية لأن ما أزم بالكثير أزم بالقليل من باب أولى ^(٤) .

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية الجنى عليه أو الجاني حملتها العاقلة فإذا كانت دون الثلث فهي على الجاني وحده ^(٥) وفي المذهب رأى بأن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث ومقتضى هذا رأى أن الثلث يحمله الجاني ، وينظر في هذا إلى مصلحة الجاني فإن كانت دية أقل اعتبرت دون دية الجنى عليه فلو جنى مسلم على مجوسية ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلته ، ولو جنى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ ، المغني ج ٩ ص ٥٠٤ - ٥٠٦ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

يجوس أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث دية الجاني حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية المجنى عليه ، ويجعل مالك وأحد مالا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلاً أما أبو حنيفة فالديات كلها مؤجلة عنده^(١) .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً . ويرى مالك أن يتحمل الجاني مع العاقلة وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما أخذنا بالرأى القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين فإن دية المجوسى وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة طبقاً لرأى أحمد وهى أكثر من نصف العشر لأنها $\frac{1}{2}$ من الدية فتحملها الدية طبقاً لرأى أبى حنيفة والمرأة المجوسية ديتها تبلغ $\frac{1}{2}$ فلا تحملها العاقلة فى رأى أبى حنيفة وأحمد ولكن تحملها طبقاً لرأى الشافعي والكتابية ديتها $\frac{1}{2}$ الدية الكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأى أحمد وتحملها طبقاً لرأى أبى حنيفة والشافعي .

٢٤١ - هل تتحمل العاقلة الديات عن الإمام والحاكم ؟ من المتفق عليه أن ما يجب على الإمام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة ، أما ماوجب عليه بسبب الحكم والاجتهاد ففيه نظريتان فى مذهب الشافعي وأحمد : الأولى : أنه على عاقلته لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلى : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسميها أى الدية على قومك . ولأن الحاكم جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره .

الثانية : أنه فى بيت المال لأن الخطأ يكثر فى أحكامه واجتهاده فيجب العقل على عاقلته بحجف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

أرشد جنابته في مال الله . وأبو حنيفة من القائلين بالوجه الثاني^(١) ومالك من القائلين بالوجه الأول .

٢٤٢ - العاقلة : العاقلة من يحمل العقل وسميت عقلا وهي الدية لأنها تعقل لسان ولي المقتول وقيل : إنها سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع ، ولا خلاف في أن العاقلة هم العصبات وأن غيرهم كالإخوة لأُم وبسائر ذوى الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة .

مذهب الشافعي أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون في العاقلة وهو رأي أحد وجهته مارواه أبو هريرة عن الرسول عليه السلام قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاخصموا إلى رسول الله فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها . وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ميراثها لبنيها والعقل على العصبه وإذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ومساو له في العصبه ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له والدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل وتخفيفاً له فلو جعلناها على الأب والابن أجحفنا به لأن مالهما كماله^(٢) .

ومذهب مالك وأبي حنيفة وهو رأي لأحمد : أن الآباء والأبناء من العاقلة لأن العقل أساسه التناصر وهم من أهله ولأن العصبه في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب وآبؤه وأبنائه أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله . ولأن الرسول قضى كما روى عمرو بن شعيب بأن عقل المرأة بين عصبتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا مافضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها^(٣)

ويدخل في العاقلة سائر العصبات مهما بعدوا لأنهم عصبه يرثون المال إذا لم

(١) المغني ج ٩ ص ٥١٠ ، المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ ، المدونة ج ١٦ ص ٨٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ ، المغني ج ٩ ص ٥١٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٦ ، المغني ج ٩ ص ٥١٥ .

يكن وارث أقرب منهم ولا يشترط أن يكونوا وارثين في المال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

وقد كان العقل قبل خلافة عمر رضى الله عنه بالتعصيب فلما وضع الديوان العقل على أهل ديوان القاتل ، وهم المقاتلة من الرجال البالغين ، ومن ثم يرى أبو حنيفة أن عاقلة الشخص أهل ديوانه ولكنه يقول: إن العاقلة هي العصابة إذا لم يوجد الديوان ، واليوم لا ديوان فالعاقلة دون شك هي العصابة ، ويرى مالك أن العاقلة هي العصابة ولكنه يجعل أهل الديوان مع العصابة ويبدأ بهم في تقسيم الدية ، أما الشافعي وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصابة .

ويشترك في العقل الحاضر والغائب من العصابة طبقاً لرأى أبي حنيفة وأحمد لأن الغائبين استتوا مع الحاضرين في التعصيب والإرث فاستتوا في تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى تعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب ، ويرى مالك أن يخص العقل بالحاضر فقط لأن التحمل أساسه التناصر وهو بين الحاضر وبعض الفقهاء في مذهب الشافعي يأخذون بالأول والبعض يأخذون بالرأى الثاني^(١) وتقسم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يحتمل العقل إلا من يُعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل ومن لا يعرف منه ذلك لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشياً لا يلزم قرشياً كلهم التحمل فإن قرشياً وإن كانوا كلهم يرجعون لأب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون لأب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الأدنى^(٢) .

ولا تكاف العاقلة من المال ما يحجب بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويحجب به ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به لأنه موجب جانيته وجزاء فعله فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٠٠ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ ، المغنى ج ٩

ص ٥١٨ ، المذهب ج ٢ ص ٢٣٠

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥١٩

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد فقال مالك وأحمد: يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه ، وفي مذهب مالك رأى يفرض ربع دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر يفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي ، ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة ، كما يرى التسوية بين الفنى والمتوسط^(١) ، والقائلون بنصف دينار وربعه اختلفوا فبعضهم يرى هذا القدر هو الواجب في السنوات الثلاث والبعض يراه الواجب سنوياً . والمفروض أن الدية تقسم على ثلاث سنوات فالمبلغ المقدر على كل فرد هو أقصى القسط السنوى يجب عليه في آخر السنة ومن مات أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف ، ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن هؤلاء إذا كانوا جنباً يعقل عنهم . وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً ، أو كان له عاقلة فقيرة ، أو عددها صغير لا تحمل كل الدية ، فهناك نظريتان :

الأولى : يرى أصحابها أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم يكن عاقلة أو كانت فقيرة أخذت الدية من بيت المال ، وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال ، ويرى بعض أصحاب هذا الرأي أن ما يجب على بيت المال يدفع فوراً ، لأن التأجيل للعاقلة قصد به التخفيف ولا حاجة للتخفيف إذا قام مقامها بيت المال ، ويرى البعض أن الواجب يقسط على ثلاث سنوات على حسب المستحق على العاقلة وأصحاب هذه النظرية مالك والشافعي وهى ظاهر مذهب أبي حنيفة والراجح في مذهب أحمد .

الثانية : ويرى أصحابها أن الدية تجب في مال القاتل لا على بيت المال ، لأن الأصل أن القاتل هو المسؤول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف ، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله ، كذلك فإنه في بيت المال حقوقاً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ ، والمغنى ج ٩ ص ٥٢٠ ، مواهب الجليل ص ٢٦٧

للنساء والصبيان والجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم ، وهذه النظرية رواية عن أبي حنيفة لمحمد ورأى في مذهب أحمد^(١) .

وإذا لم يمكن الأخذ من بيت المال ، فيرى القائلون بأن الدية تجب ابتداء على العاقلة ، وهم بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد ، بأن الدية تسقط كلها إذا لم تكن عاقلة أو يسقط منها ما لم تحمله العاقلة إذا كان عددها صغيراً ، أما القائلون بأنها تجب على الجاني ابتداء فيرون إلزام الجاني بها أو بما بقي منها .

وإذا أخذنا بالرأى القائل بأن الغنى يدفع نصف دينار سنوياً والمتوسط يدفع ربع دينار وافترضنا أن الفقراء ضعف عدد الأغنياء ومتوسطى الحال وأن متوسطى الحال ضعف الأغنياء وأن النساء والصبيان ضعف عدد الرجال فإنه يجب ألا يقل عدد أفراد العاقلة عن تسعة آلاف نفس . وإذا طبقنا هذا على ما يقول به أبو حنيفة من تحمل الشخص أربعة دراهم ، وجب أن يصل أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

وفي مذهب مالك يرى بعضهم أن أقل ما توزع عليهم الدية سبعمائة شخص ويرى البعض أن أقلهم ألف ، وإذا أخذنا بالفروض السابقة ، وصل عدد أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

٢٤٣ - أهمية نظام العاقلة : بينا في الجزء الأول أهمية نظام العاقلة وتحملها الدية ودللنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح في ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطئ وزره لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ولا تمتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ، ويتبع هذا أن يحصل أولياء الجاني عليه أو هو نفسه على الدية كاملة إذا كان الجاني غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال أما إذا كان الجاني فقيراً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ المتن ج ٩

ص ٥٢٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .

وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل الجنى عليه من الدية على شيء وهكذا تنعدم المساواة والعدالة بين المتهمين كالتنعدم بين الجنى عليهم وقتلنا إن هذا النظام قصده أن يحصل الجنى عليهم على حقهم كاملاً وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه وقتلنا أكثر من ذلك فليراجع من شاء .

لسكن هذا النظام على مافيه من عدالة وتسوية بين المتهمين والجنى عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر لأن أساسه وجود العاقلة ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود الآن إلا في النادر الذي لاحكم له وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا تتحمل أن يفرض عليها كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتصروا إلى قبائلهم وأصولهم أما الآن فلا شيء من هذا بحيث ينذر أن تجد شخصاً يعرف جده الثالث وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين اللذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، إما الرجوع على الجنى عليه بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال ، والرجوع على الجنى عليه يؤدي إلى إهدار دماء أكثر الجنى عليهم لأن أكثر المتهمين فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياتها وعدم إهدارها ، والرجوع إلى بيت المال يرهق الخزانة العامة ولكنه يحقق المساواة والعدالة ويحقق أغراض الشريعة ، والخوف من إرهاق الخزانة لا يجب أن يقف حائلاً دون تحقيق المساواة والعدالة ولا يصح أن يحول دون تحقيق أغراض الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تدبر أمرها بفرض ضريبة عامة يخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، ونستطيع أن نفرض ضريبة خاصة على المتقاضين لهذا الغرض وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعانة الفقراء أو العاطلين ، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المسكوبين ، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوروبية إلى هذا العمل . فأنشأت صندوقاً لتعويض الجنى عليهم في الجرائم ، إيراده المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم ، وهذا هو بالذات ما قصده الشريعة الإسلامية من نظام

العاقلة ، فنظام العاقلة يقوم اليوم في (بعض)^(١) (وهي من) البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يتلاءم مع ظروفنا وحالاتنا .

ثانيا - الكفارة

٢٤٤ - تجب الكفارة عقوبة أصلية على القتل شبه العمد مع الدية وقد سبق أن تكلمنا عن الكفارة بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وما قلناه هناك يغنى الاطلاع عليه عن إعادته هنا .

العقوبات البديلية

٢٤٥ - العقوبات البديلية في القتل شبه العمد هي : أولا - التعزير بدلا من الدية . ثانيا - الصيام بدلا من الكفارة وهي عتق الرقبة أو التصديق بقيمتها وقد استوفينا الكلام عن التعزير والصيام بمناسبة عقوبات القتل العمد وما قلناه هناك يغنى عن إعادته هنا .

العقوبات التبعية

٢٤٦ - العقوبات التبعية في القتل شبه العمد هي : أولا - الحرمان من الميراث . ثانيا - الحرمان من الوصية وقد استوفينا الكلام عليهما في باب القتل العمد ومن ثم فليس ما يدعوا لتكرار القول .

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ - عقوبات القتل الخطأ منها ما هو أصلي وهو الدية والكفارة ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام ومنها ما هو تبعى وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

(١) هكذا في الأصل ونظن أنها اسم بلد لم يتحقق من اسمه .

العقوبات الأصلية

أولا — الدية

٢٤٨ - هي عقوبة أصلية وليست بدلاً من عقوبة أخرى لأن عقوبة الخطأ روعي في تقديرها انعدام قصد الجاني فاكتمل بتقدير الدية عليه ومقدارها هو نفس مقدار الدية في العمد وشبه العمد أى مائة من الإبل .

٢٤٩ - وتجب دية القتل الخطأ خمسة أى تؤخذ أخماساً . عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنو مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهذه لأوصاف متفق عليها من الأئمة الأربعة ودليلهم ما روى عبد الله ابن مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض»^(١) .

٢٥٠ - ودية الخطأ على العاقلة دون خلاف طبقاً لقضاء الرسول عليه السلام وعله فرضها على العاقلة ، أن جنایات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فأجابه على الجاني في ماله بحجف به فاقتضت الحكمة إجابهها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تحقيقاً عنه إذ انعدام القصد عذر له في فعله يشفع في التخفيف عنه .

٢٥١ - ولا خلاف في أنها مؤجلة في ثلاث سنين وأساس التأجيل في الدية هو قضاء الصحابة فقد قضى عمر وعلى يجعل لدية في القتل الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا يخالف لهما من الصحابة فاتبعهم في ذلك أهل العلم وعله التأجيل أنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة . وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى التأجيل فيما يجب على العاقلة وما يجب على الجاني .

(١) المنفى ج ٩ ص ٤٩٥ ، المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ ، بدائع الصنائع ج ٧

ص ٢٥٤ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ .

٢٥٢- وإذا كانت العاقلة تحمل الدية وهي عقوبة أصلية أساسية فهل تحمل أيضاً الكفارة وهي عقوبة مالية أصلية أخف بكثير من الدية ؟
 رأى الفقهاء أن الكفارة في مال الجاني وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً ولا يبت
 المال ، ولكن في مذهب الشافعي رأى بأن بيت المال يتحملها عن الجاني^(١)

٢٥٣- ولا يرى مالک وأبو حنيفة التغليظ في دية الخطأ أما الشافعي
 وأحمد فيريان التغليظ ولكن بينهما فرقاً هو أن أحمد يرى أن التغليظ في العمد
 وشبه العمد والخطأ أما الشافعي فيرى التغليظ في الخطأ ولعل الشافعي لم ير
 التغليظ في العمد وشبه العمد لأنه يوجب الدية فيها مثلثة أما أحمد فيوجبها مربعة
 فكان دية العمد وشبه العمد مغلظة بطبيعتها عند الشافعي ويوجب أحمد التغليظ
 للقتل في الحرم ، وللقتل في الشهور الحرم ، والقتل المحرم . واختلف في المذهب
 في التغليظ لقتل ذى الرحم الحرم فيرى البعض التغليظ لقتله ولا يرى البعض
 التغليظ ويجوز عند أحمد أن يجمع بين أكثر من سبب من أسباب التغليظ وتغلظ
 الدية لكل سبب بأن يزداد عليها مقدار الثلث ومن ثم تصل الدية إلى
 ديتين إذا كان القتل في الحرم والشهور الحرم شخصاً محرماً^(٢) أما الشافعي فيرى
 التغليظ بالقتل في الحرم وفي الشهور الحرم وبقتل ذى الرحم الحرم واختلفوا
 في المذهب في القتل في الحرم المدني فرأى البعض أن القتل فيه سبب للتغليظ
 ورأى البعض أن القتل فيه ليس سبباً للتغليظ وهو الرأي الراجح في المذهب ،
 وصفة التغليظ عند الشافعي هو إيجاب دية العمد بدلا من دية الخطأ فإن قتل
 ذارحم محرم مثلاً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه .

٢٥٤- ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد سواء درىء القصاص للشبهة
 أو وجبت الدية بالعمو أو الصلح وهذا متفق عليه بين الأئمة لأن العاقلة حملت في
 الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجاني أما العامد فلا عذر له

(١) المغني ج ٩ ص ٤٩٨ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

في جريمته ومن ثم لا تستحق تحقيقاً ولا معاونة .

٢٥٥ - وإذا جنى الرجل على نفسه خطأ ففيه زواجره : -- الأولى --

على عاقلته الدية لورثته إذا قتل نفسه . والقائلون بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب أحمد وحجتهم : (أن رجلاً ساق حماراً فضربه بعضاً كانت معه فطارت منها شظية ففقت عينه فجعل عمر ديبته على عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين) ويمتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأي جناية خطأ دبت بها على العاقلة ويترتب على هذا الرأي أنه إذا كانت العاقلة هم بعض الورثة لم يجب شيء عليهم لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه هذا إذا كان ما يجب عليهم من الدية مماثل نصيبه في الميراث فإن كان أكثر سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد ، وإن كان نصيبه من الدية أقل من نصيبه في الميراث فله ما بقي .

والرواية الثانية - يرى أصحابها أن الجناية هدر وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رأي في مذهب أحمد وحجتهم : أولاً : عاصم ابن الأكوع بارز مرحباً يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يعلم أن النبي قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبي عليه السلام . ثانياً : أن وجوب الدية على العاقلة قصد منه مواساة الجاني والتخفيف عنه والجاني هنا هو نفس الجاني عليه فليس إذن ما يدعو للإعانة والمواساة .
وحكم شبه العمد هو حكم الخطأ في هذه المسألة^(١) .

ثانياً - الكفارة

٢٥٦ - تكلمنا في الكفارة بمناسبة الكلام على القتل العمد وفيما قلناه كفاية

العقوبات البديلة

٢٥٧ - هي الصيام فقط وقد تكلمنا عليه من قبل ، وليس ثمة تعزيز

باتفاق الفقهاء في الخطأ اكتفاء بالعقوبتين الأصليتين وهما الدية والكفارة

وبالعقوبات التبعية على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أن يقدر الشارع عقوبة تعزيرية في حالة العفو عن الدية إذا رأى ذلك في صالح الجماعة .

العقوبات التبعية

٢٥٨ - هي الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية وقد فصلنا الكلام عليهما من قبل بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وفيما قلناه هناك ما يغني عن إعادته هنا .

الفصل الثاني

الجناية على ما دون النفس

٢٥٩ - يعبر فقهاء الشريعة بالجناية على ما دون النفس عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره فلا يؤدي بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورهما فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والمصر والضغط وقص الشعر وتنفقه وغير ذلك ، ويعبر قانون العقوبات المصري عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط . وهو تعبير ناقص لا يتسع لنوع الجرح والضرب من أنواع الإيذاء مما حمل المحاكم المصرية على التوسع في تأويل هذا التعبير بما يجعله متفقاً مع اتجاه الشريعة فحكمت محكمة النقض بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهري أو باطني . فمن يضغط على عنق إنسان أو يجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً .

٢٦٠ - الجنابات على ما دونه النفس إما عمد أو خطأ : فالعمد هو ما تعمد فيه الجاني الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحداً بحجر بقصد إصابته . والخطأ هو ما تعمد فيه الجاني الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجاني دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه

والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ في ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان في كثير من الأحكام ومن ثم جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند شرح أحكامهما فيتكلمون عنهما دفعة واحدة . وإذا كان شراح القوانين يفرقون بين جرائم العمد والخطأ على أساس نوع الجريمة ، ويتكلمون عن كل على حدة . فإن فقهاء الشريعة يجعلون أساس الفرق هو محل الجريمة هل هو النفس أو مادونها . لأن ما يقع على النفس يتحدد في كثير من أحكامه على اختلاف أنواعه كما بينا فيما سبق والجرائم التي تقع على مادون النفس تتحدد في كثير من أحكامها كما سنبين فيما بعد . ثم يفرقون بعد ذلك على أساس نوع الجريمة بين مختلف الجرائم التي تقع على مادون النفس .

٢٦١ - ويقسم الفقهاء الجناية على مادون النفس سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ خمسة أقسام ناظرين في هذا التقسيم إلى نتيجة فعل الجاني . لأن الجاني في الجناية على مادون النفس يؤخذ بنتيجة فعله ولو لم يقصد هذه النتيجة بفض النظر عما إذا كانت الجناية عمداً أو خطأ ، وهذه الأقسام هي : أولاً : إبانة الأطراف أو ما يجرى مجرى الأطراف ثانياً : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها . ثالثاً : الشجاج . رابعاً : الجراح . خامساً : مالا يدخل تحت الأقسام الأربعة السابقة :

٢٦٢ - القسم الأول : إبانة الأطراف وما يجرى مجراها

ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع ما يجرى مجراها ويدخل تحت هذا القسم قطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف والذكر والأثنيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو تنف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب .

٢٦٣ - القسم الثاني : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها

ويقصد من ذلك تفويت منفعة العضو مع بقاءه قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول ويدخل تحت هذا القسم تفويت السمع والبصر والشم

والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى ، ويدخل تحته أيضاً تغير لون السن إلى السواد والحررة والخضرة ونحوها كما يدخل تحته إذهاب العقل وغيره .

٢٦٤ - القسم الثالث : الشجاج

يقصد بالشجاج جراح الرأس والوجه خاصة أما جراح الجسم فيما عدا الرأس والوجه فتسمى جراحاً وتسمية جراح الجسم بالشجاج غلط ، لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة ، فترسمى ما كان في الرأس والوجه شجة وترسمى ما كان في سائر البدن جراحة .

ويرى أبوحنيفة أن الشجاج لا تكون إلا في الرأس والوجه في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود ، وباقي الأئمة يرون ما كان في الرأس والوجه مطلقاً شجة .

٢٦٥ - والشجاج عند أبي حنيفة أمر عشرين^(١) :

- ١ - الخارصة : وهى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم .
- ٢ - الدائمة : وهى التى يظهر منها دم ولا يسيل كالدمع فى العين .
- ٣ - الدامية : وهى التى يسيل منها الدم .
- ٤ - الباضعة : وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه
- ٥ - المتلاحمة : وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة . ويرى محمد : أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التى يتلاحم فيها الدم ويسود .
- ٦ - السمحاق : وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة .
- ٧ - الموضحة : وهى التى تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتوضح العظم أى تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة .
- ٨ - الهاشمة : وهى التى تهشم العظم أى تكسره .

٩ - المنقلة : وهى التى تنقل العظم بعد كسره أى تحوله عن مكانه .
١٠ - الآمة : وهى التى تصل إلى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أى المخ .

١١ - الدامغة . وهى التى تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ .

٢٦٦ - ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط ويسمى الأول دامية . الثانية خارصة والثالثة سمحاقاً والسادسة ملطاة ويحذف مالك الثامنة وهى الهاشمة ويرى أنها تسكون فى جراح البدن لافى الرأس والوجه ويتفق فيما عدا ذلك مع أبى حنيفة^(١) .

٢٦٧ - ويرى الشافعى وأحمد : أن الشجاج عشرة فقط وهما يحذفان الثانية عند أبى حنيفة وهى الدامغة ويعترفان بالعشرة الباقية ويسمى أحمد الدامية بهذا الاسم أو بالبازلة ويسمى الشافعى بأحمد العاشرة بالمأمومة أو بالآمة^(٢) .

٢٦٨ - القسم الرابع . الجراح ، ويقصد بالجراح ما كان فى سائر البدن عدا الرأس والوجه . والجراح نوعان . جائفة وغير جائفة .

فالجائفة . هى التى تصل إلى التجويف الصدرى والبطنى سواء كانت الجراحة فى الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأثنيين أو الدبر أو الحلق . وغير الجائفة ما لم تكن كذلك أى التى لاتصل إلى الجوف^(٣)

٢٦٩ - انقسم الخامس ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة :

ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدى إلى إبانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدى إلى شجة أو جرح فيدخل تحته كل اعتداء لا يترك أثراً أو ترك أثراً لا يعتبر جرحاً ولا شجة .

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢١٢ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ وما بعدها

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ ، المذهب ج ٢ ص ٢١٤ ، الشرح الكبير ج ٩

ص ٦٢٨ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ .

الجناية على مادون النفس عمداً

٢٧٠ - الجناية على مادون النفس عمداً هي أن يتعمد الجاني ارتكاب فعل يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته ، وأركان الجريمة اثنان : أولاً : فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته . ثانياً : أن يكون الفعل متعمداً

أولاً - الركن الأول

فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته

٢٧١ - يشترط لوقوع الجريمة أن يرتكب الجاني فعلاً يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامة هذا الجسم بأي حال ولا يشترط أن يكون الفعل ضرباً أو جرحاً بل يكفي أن يكون أى فعل من أفعال الأذى أو العدوان على اختلاف أنواعها كالضرب والجرح والخنق والجذب والدفع والضغط والمصر ٢٧٢ - وليس من الضروري أن يستعمل الجاني أداة معينة للإيذاء . والعض وحلق الشعر ونتفه ولوى الذراع وغير ذلك والاعتداء فقد يستعمل يده أو رجله أو أسنانه وقد يستعمل عصاً أو سكيناً أو سيفاً أو بندقية أو مادة مضرّة أو سامة ، لأن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فتسوى فيه كل الآلات

في مذهب أحمد رأى يرى أن مادون النفس فيه عمد وشبه عمد ويفرق بينهما بأن في الأول القصاص وفي الثاني الدية^(١) ويفرقون بين العمد وشبه العمد بأن الأول هو قصد الضرب بما يفضى إلى النتيجة غالباً والثاني هو قصد الضرب بما لا يفضى إلى النتيجة غالباً مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد^(٢) . ويظهر أنه هو الرأي الراجح في المذهب أما الرأي الآخر فيرى أن الجراح كلها عمد دون تفرقة وأن فيها القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ .

(١) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ (٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، المغني ج ٩ ص ٤١٠

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا في النفس ، ويكتفى عنده
تعمد الفعل فيما دون النفس^(١) وليس ما يمنع عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون
الجانى مسؤولاً عن الجناية ولو لم تكن الجناية مباشرة لفعله كمن طلب لإنسانا
بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقف فأصيب بجرح أو كسر لأنه هو الذى الجأ
الحجى عليه للهرب بفعله .

ويرى الشافعي أن العمد فيما دون النفس ، إما أن يكون عمدا محضاً أو شبه
عمد . فالعمد المحض هو ما أدى إلى نتيجة الفعل غالباً أما شبه العمد فهو ما لم يؤد
لنتيجة الفعل غالباً كمن لطم إنساناً على رأسه فورمت ثم انشقت حتى وضحت فم هذه
شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدى لإيضاح ولورماه بحصاة فورمت ثم وضحت
فهى شبه عمد لأن الغالب أن الرمي بالحصاة لا يؤدى للإيضاح^(٢) .

ومع أنهم وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم يختلفون في طبيعة تطبيقها وهذا
الخلاف مرجعه التقدير . فمثلاً ابن رشد يضرب مثلاً على شبه العمد اللطمة التي
تفقأ العين ، لأن اللطمة لا تفقأ العين غالباً^(٣) بينما يرى الشافعي أن اللطمة التي تفقأ
العين عمد محض لأن اللطم يؤدى غالباً لفقأ العين^(٤) .

٢٧٣ - ويستوى أن يكون الفعل مباشراً أو بالتسبب فالضرب باليد
وشد حبل رفيع في طريق الحجى عليه ليتعثر فيه كلاهما يكون الجريمة .

٢٧٤ - ويصح أن يكون الفعل مادياً كالضرب والجرح ، ويصح أن
يكون معنوياً كمن أذعر رجلاً فأصيب بشلل أو ذهب عقله أو سقط فجرح ،
ونص القانون المصرى كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية أما في فرنسا
فيعاقبون على الفعل المعنوى فيما دون النفس لأن القانون الفرنسى يجعل في حكم
الضرب أنواع التعدى والإيذاء الأخرى بينما القانون المصرى لم يذكر إلا عبارة
الضرب والجرح .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، بدائع الصنائع
ص ٢٣٣ ، الأم ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٦ (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤١ (٤) الأم ج ٦ ص ٤٥ .

(٥) - التصريح الجنائى الإسلامى (٢)

٢٧٥ - ويشترط أن يكون الجاني عليه معصوما فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة وقد تكلمنا عن المعصمة بمناسبة الكلام على القتل وما قلناه هناك يغنى عن الإعادة هنا .

٢٧٦ - ويشترط ألا يؤدي الفعل للوفاة ، فإذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس قد تكون قتلا عمداً إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل وقصد القتل ، وقد تكون قتلا شبه عمد إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل ولم يقصد القتل .

ثانياً - الركن الثاني

أن يكون الفعل متعمداً

٢٧٧ - لكي يكون الفعل جريمة عمدية يجب أن يصدر عن إرادة الجاني وأن يرتكب بقصد العدوان فإن لم يرد الجاني الفعل أو أراحه ولم يقصد العدوان فالفعل غير متعمد وإنما خطأ .

٢٧٨ - ويؤخذ الجاني بقصده المحتمل . فيسأل عن نتيجة الفعل الذي أتاح لاعماء قصده وقت إحداث الفعل ، فإن ترتب على الفعل ذهاب عضو أو إبطال منفعة أو إحداث موضة أو جائفة أو أقل من ذلك . سئل عن نتيجة فعله ولو لم يكن يقصد إحداث هذه النتيجة بالذات وقت إتيان الفعل .

٢٧٩ - ويسأل الجاني عن قصده غير الحدود . فمن ألقي حجراً على جماعة بقصد إصابة أحدهم سئل عن نتيجة عمله سواء كان يعرف أفراد هذه الجماعة أو لا يعرفهم .

وقد سبق أن تكلمنا عن الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية كما تكلمنا عن الإذن في الجرح واستعمال الحق وأداء الواجب وما قلناه ينطبق هنا .

٢٨٠ - ويستوى في الجريمة على مادون النفس أن يتعمد الجاني الفعل دون أن يقصد القتل ، أو أن يتعمد الفعل بقصد القتل مادام الفعل لم يؤد للموت لأن الشريعة لا تنقلب على الشروع في القتل إذا كان الشروع يكون جريمة

تامة على مادون النفس أيا كانت نتيجة هذه الجريمة جرحاً أو شجة أو جائفة أو إتلافاً لعضو أو ذهاب معناه ، وقد عللنا هذا الحكم بمناسبة الكلام عن القتل العمد .

الجناية على مادون النفس خطأ

٢٨١ — سبق أن بينا تعريف الخطأ وأنواعه بمناسبة الكلام على القتل الخطأ كما بينا أركان جريمة القتل الخطأ وما قيل هناك ينطبق بحذافيره هنا ، ولا فرق إلا أن الفعل إذا أدى للوفاة فهو جنائية على النفس أى قتل خطأ، وإذا لم يؤد للوفاة فهو جنائية على مادون النفس ومن ثم لا داعى للتكلم هنا عن الجريمة وأركانها لأنه تكرر لما قيل هناك .

٢٨٢ — فرق هام : ويجب أن نلاحظ أن الشريعة جعلت العقوبة للجناية على مادون النفس في حالة الخطأ متمشية مع نتيجة الفعل كما هو الحال في العمد، فعقوبة من أتلّف عضواً أو أذهب منفعتة من عقوبة الجرح الذى شفى دون أن يتخلف عنه عاهة ، وعقاب من أذهب بصر إنسان أشد من عقاب من أذهب نصف بصره وهكذا .

والشريعة تتفوق على القانونين المصرى والفرنسى في هذا لأنهما يسولان في العقوبة مهما اختلفت نتائج الفعل وبعض شراح القانونين ينتقدون على المشرع أنه سوى بين عقوبة الإصابات المختلفة مع اختلاف نتائجها دون مبرر لهذه التسوية.

عقوبة الجناية على مادون النفس

عقوبة الجناية على مادون النفس تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً ، وعقوبة الجناية على مادون النفس شبه عمد ، وعقوبة الجناية على مادون النفس خطأ .

أولاً — عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً

العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمداً هي القصاص وعند مالك :

الدية مع القصاص^(١) فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب التي سنبينها فيما بعد حلت محله عقوبتان بدليتان الأولى الدية أو الأرش والثانية التعزير ، ويلاحظ الفرق بين عقوبات الجناية عمدا على النفس والجناية عمدا على مادون النفس ففي النفس يعاقب بالكفارة عقوبة أصلية وبالصيام عقوبة بدلية وبالحرمان من الميراث والوصية عقوبة تبعية أما هنا فلا يعاقب بهذه العقوبات لأنها قاصرة فقط على القتل ومتعلقة به .

أولا : القصاص

٢٨٣ — القصاص : هو العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمدا أما الدية والتعزير فهما عقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص ، ويترتب على اعتبار القصاص أصلا والدية والتعزير بدلا أنه لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبين عقوبة أخرى بدلا منها لأن الجمع بين البذل والمستبدل يناهين طبيعة الاستبدال ويترتب على ذلك أيضا أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية .

وهناك نظريتان للجمع بين القصاص والدية : الأولى - يرى أصحابها أن القصاص يجمع مع الدية إذا لم يكن القصاص ممكناً إلا في بعض الجرح فيقتص مما يمكن القصاص فيه ، وما لا يمكن القصاص فيه تحل العقوبة البدلية فيه محل القصاص وعلى هذا تجمع الدية مع القصاص عقوبة لجرح واحد وهذه النظرية يقول بها الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد . أما النظرية الثانية : فتقوم على أنه لا يمكن الجمع بين العقوبة الأصلية والعقوبة البدلية في جرح واحد فإن اقتص في بعض الجرح سقط حقه في الباقي ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتص ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية وهذه نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد .

وَيَمْتَنَعُ الْحَكْمُ بِالْمَقْبُوءَةِ الْأَصْلِيَّةِ إِذَا امْتَنَعَ الْقَصَاصُ أَوْ سَقَطَ لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي نَذَرَهَا بَعْدَ ، وَهَذِهِ الْأَسْبَابُ بَعْضُهَا عَامٌ وَبَعْضُهَا خَاصٌّ بِمَا دُونَ النَّفْسِ .

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أورو : إِذَا كَانَ الْقَتِيلُ جُزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ : إِذَا كَانَ الْقَتِيلُ جُزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ امْتَنَعَ الْحَكْمُ بِالْقَصَاصِ وَيَكُونُ الْقَتِيلُ جُزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ إِذَا كَانَ وَلَدَهُ فَإِذَا جَرَحَ الْأَبَ وَلَدَهُ أَوْ قَطَعَهُ أَوْ شَجَّهُ فَلَا قَصَاصَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بَوْلَدِهِ » ، أَمَّا الْوَلَدُ فَيَقْتَصُّ مِنْهُ لَوَالِدِهِ طَبَقًا لِلنُّصُوصِ الْعَامَةِ ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ لِقَظِي الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ كُلِّ وَابْنٍ عِلًّا ، وَكُلِّ وَلَدٍ وَإِنْ سَفَلَ ، وَحَكْمُ الْأُمِّ هُوَ حَكْمُ الْأَبِ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، وَالْجِدَّةُ كَالْأُمِّ سِوَاهُ كَانَتْ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوِ الْأُمِّ . وَيَرَى مَالِكُ الْقَصَاصَ مِنَ الْأَبِ فِي الْقَتْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَكٌّ فِي قَصْدِ الْقَتْلِ وَلَكِنَّهُ لَا يَرَى الْقَصَاصَ مِنَ الْأَبِ فِي غَيْرِ الْقَتْلِ وَيَرَى تَغْلِيظَ الدِّيَةِ عَلَيْهِ وَالتَّغْلِيظَ عِنْدَ مَالِكٍ هُوَ تَثْلِيثُ الدِّيَةِ ^(١) .

وعلى هذا فليس ثمة خلاف بين الأئمة الأربعة في امتناع القصاص من الوالد لوالده إذا جنى عليه فيما دون النفس ، وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بتوسع عند الكلام على القتل العمد .

٢٨٥ - ثانيا : انعدام التكافؤ : إِذَا انعدم التكافؤ بين الجاني عليه والجاني فلا قصاص وينظر إلى التكافؤ من ناحية الجاني عليه وحده لا من ناحية الجاني . وفي مذهب مالك هذا شرط التكافؤ في النفس إما فيما دون النفس فهو يشترط التكافؤ من الوجهين فعمده لو قطع كَفَرًا أو عَبْدًا يَدْمُسُّ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُمَا وَلَوْ قَطَعَهُمَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ^(٢) .

فإن كان الجاني عليه مكافئًا للجاني أو خيرا منه وجب القصاص وإن كان لا يكافئه امتنع القصاص ولا يشترط في الجاني أن يكافئ الجاني عليه لأن شرط

(١) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٤٥ ، شرح الدردير ص ٢٢٢ .

التكافؤ وضع لمنع قتل الأهل بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأهل .
 وأساس التكافؤ عند مالك والشافعي وأحمد : الحرية والإسلام ، وأساس
 التكافؤ عند أبي حنيفة الحرية والجنس ، وستتكمّل فيما يلي عن هذه الأسس الثلاثة :
 ١ - الحرية : يرى مالك والشافعي وأحمد أن الحر لا يقتص منه إذا جرح
 العبد لأن العبد منقوص بالرق وهذا هو نفس رأيهم في القتل ، ويرى مالك
 أن لا يقتص من العبد للحر^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص من الأحرار والعبيد فيما دون النفس ولا
 قصاص فيما بين العبيد أنفسهم ، وهو يخرج بهذا عن رأيهِ الذي التزمه في القتل
 وهو القصاص من الحر للعبد ومن العبد للعبد وعلة خروجه على هذا الرأي ، أنه
 يرى أن مادون النفس خلق لوقاية النفس ولما كانت قيمة العبد تختلف عن دية
 الحر وقيمة العبد تختلف عن غيره من العبيد فلا يمكن أن تتماثل أطراف
 الأحرار مع العبيد ولا أطراف عبد مع عبد آخر ومن ثم امتنع القصاص
 بينهم وهذا الرأي يتفق مع رأي أحمد^(٢) .

٢ - الإسلام : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه كفاية بمناسبة
 الكلام على القتل فيراجع ونلخص ما قلناه : بأن مالك والشافعي وأحمد يرون
 أن الكافر لا يكافئ المسلم والقاعدة عندهم أن لا قصاص من مسلم إذا
 قتل ذمياً .

أما أبو حنيفة فيرى أن الكافر يكافئ المسلم مادام معصوم الدم وليس في
 عصمته شبهة كالمستأمن مثلاً ومن ثم فهو يوجب القصاص من كليهما للآخر .
 وهم يسيرون على هذه القاعدة فيما دون النفس إلا أن مالك خرج عليها

(١) انظر ج ٩ ص ٣٤٨ - ٣٥١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ ، المذهب

ج ٢ ص ٢١٥ - ٢٢٦

(٢) الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦ .

ورأى ألا قصاص بين المسلم والكافر بصفة مطلقة فيما دون النفس فإذا جرح أحدهما الآخر فلا قصاص لانعدام التكافؤ ولو أنه يقرر أن المسلم خير من الكافر لأن القصاص فيما دون النفس يقتضى المساواة بين الطرفين ولا مساواة^(١).

٣ — الجنس : القاعدة عند الأئمة الأربعة أن الأثني يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأثني وهذا في القتل أى في النفس وقد طبق مالك والشافعي وأحمد هذه القاعدة أيضاً فيما دون النفس^(٢) وحجتهم أن من يجزى بينهم القصاص في النفس يجزى بينهم في الأطراف ، أما أبو حنيفة فيخالف هذه القاعدة ولا يطبقها فيما دون النفس لأنه يسير على قاعدة أخرى فيما دون النفس هي اعتبار أن مادون النفس كالأموال ، وبتطبيق هذه القاعدة لا يجعل المرأة ماثلة للرجل لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل ودية طرفها لا تماثل دية طرف الرجل وإذا انعدمت المساواة بين أرشيهما امتنع القصاص في طرفيهما سواء كان الجاني هو الذكر أو الأثني^(٣).

التماثل في العدم : يشترط أبو حنيفة التماثل في العدد بين الجاني عليه والجاني فيجب أن يكون الجاني واحداً ليقص منه فإن كان الجناة أكثر من واحد فلا قصاص إذا تعاونوا على ارتكاب فعل واحد كأن قطعوا يد رجل أو أصبعه أو أذهبوا سمعه أو بصره أو قلعوا له سناً أو نحو ذلك من الجوارح التي يجب على الواحد فيها القصاص لو انفرد بالفعل وعليهم دية الجارحة مقسمة عليهم بالتساوي أما إذا ارتكب كل منهم منفرداً فعلاً يجب فيه القصاص فعلى كل منهم القصاص فيما فعله . وحجة أبي حنيفة أن الماثلة فيما دون النفس شرط أساسى للقصاص ولا تماثلة بين جارحة وجوارح ، كيد واحدة وأيدي لاني الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل . أما في الذات فلا شك فيه لأنه لا تماثلة بين العدد والفرد من حيث الذات

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٨ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، المهذب ج ٣ ص ١٩٠

(٣) بدائع الصنائع ص ٣١٠ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

وإذا كانت الصحيحة لا تقطع بالشلاء لقوات المائلة من حيث الوصف مع التساوى في الذات . فأولى أو يمتنع القصاص لقوات المائلة في الذات وأما في المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع ما لا يتأتى إلا باليدين كالكتابة والحياطة ، وأما في الفعل فلأن الموجود من كل واحد قطع بعض اليد والجزء قطع كل اليد من كل منهم وقطع اليد أكثر من قطع بعضها^(١) .

ويفرق أبو حنيفة بين النفس وما دونها بأن الفعل فيما دون النفس يتجزأ لأنه قطع بعض الجارحة وترك البعض موجوداً بخلاف النفس فإن إزهاقها لا يتجزأ أو رأى أبي حنيفة وجه في مذهب أحمد .

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الجماعة الواحد ، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقه فقطع على يده ثم جاء بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

ويرى الشافعي وأحمد ، أنه يجب للقصاص من الجماعة بالواحد أن يكون اشتراك الجماعة في الطرف على وجه لا يتميز فيه أحدهما عن الآخر . إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه ثم يرجعوا عن شهادتهم أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المسكرين كلهم والمسكره أو يتعاونوا في إلقاء حجر على الجنى عليه فتقطع طرفه أو يقطعوا يداً ويقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً حتى يقطع الطرف ، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتم غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً مثلاً على مفصله ثم مر كل واحد عليه

سرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليدا ولم يشارك في قطع جميعها . وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص فيه بمفرده اقتص منه ^(١) .

أما مالك ففرق بين حالة التماؤ وعدم التماؤ فإن تماؤوا اقتص من كل منهم بقدر ما أحدثوا بالجنى عليه سواء تميزت أفعال كل منهم أم لم تتميز فإذا قلعوا عينه وقطعوا رجليه ويده قلع لسكل عينه وقطعت يده ورجله ، أما إذا لم يكن تماؤ فإن تميزت أفعالهم أخذ كل منهم بفعله، وإن لم تتميز أفعالهم فعليهم القصاص كما لو تماؤوا وهناك من يرى ألا قصاص عليهم وعليهم الدية ^(٢) ولا يشترط الشافعي وأحمد التماؤ فيما دون النفس ويكفي التوافق للقصاص من الجميع .

٢٨٦ - ثانياً : أنه يكون الفعل شبه عمد : - يرى الشافعي وأحمد أن الجناية على مادون النفس قد تكون عمداً وقد تكون شبه عمد فهي عمد إذا كان الفعل متعمداً أو كان يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن ضرب غيره بسكين فقطع أصبعه أو بعصا فكسر ذراعه أو أحدث برأسه تربة . وهي شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن لطم آخر ففقد عينه أو رماه بحصاة فأحدثت ورما انتهى بموضحة . ويرتبان على تقسيم الجناية على مادون النفس إلى عمد وشبه عمد أن القصاص يجب في العمد فقط أما شبه العمد فيجب فيه الدية وهما يسيران في هذا التقسيم وفي ترتيب العقوبة على ما سارا عليه في الجناية على النفس ^(٣) .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الجناية على مادون النفس لا تكون إلا عمداً لأن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل عنده إما عمداً وإما خطأ ، ولأن أبا حنيفة يرى أن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فاستوت فيه

(١) المغني ج ٩ ص ٣٧٠ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢ .

(٣) الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، الأم ج ٦ ص ٦ .

الآلات للدلالة على القصد فكان الفعل عمداً في كل حال أى أن مادون النفس لا يقصد إلا مجرد الاعتداء عليه والاعتداء ممكن بأى آلة بعكس القتل فلا يكون إلا بالآلة مخصوصة ومن ثم كان توفر قصد الاعتداء كافياً لاعتبار الفعل عمداً فيما دون النفس ولم يكن هناك محل لاعتبار شبه العمد^(١) ويترتب على رأى مالك وأبى حنيفة أن الجناية على مادون النفس يجب فيها القصاص في كل حال مادام الجانى قد تعمّد الفعل.

٢٨٧ - رابعا : أنه يكره الفعل تسهيا : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن الجناية على مادون النفس بالتسبب لا توجب القصاص لأن القصاص فعل مباشر فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه على طريق المباشرة لأن أساس العقوبة القصاص هو المماثلة بين الفعلين ويوجب أبو حنيفة الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقا بين الجناية بالتسبب والجناية المباشرة ويوجبون القصاص على الجانى فى الحالين .

٢٨٨ - خامسا : أنه تكموه الجناية قر وقعت فى دار الحرب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن لاقصاص من الجانى إذا كانت الجناية قد وقعت فى دار الحرب . ويرى بقية الأئمة القصاص سواء كانت الجناية فى دار الحرب أو دار الإسلام وقد سبق أن تكلمنا عن هذه المسألة وفيما ذكرناه غنى عن الإعادة^(٢)

٢٨٩ - سادسا : عدم إظهار الاستيفاء : يتمتع القصاص إذا لم يكن الاستيفاء ممكناً لأن القصاص قائم على التماثل واستيفاء المثل بدون مكان استيفائه تمتع . فيمتنع الاستيفاء ضرورة . فمثلا إذا كان الجنى عليه مقطوع المفضل الأعلى من إبهام اليد اليمنى وجاء الجانى فقطع المفضل الثانى لنفس الأصبع فلا يمكن أن يقتص من الجانى إذا كان إبهام يده اليمنى سليما لأن القصاص يودى إلى قطع مفصلين والمقطوع مفصل واحد فيعدم التماثل . وكذلك لو أجاز الجانى الجنى عليه أو شجحه آمة أو دامغة فالقصاص لا يمكن فى هذه الحالات ، لأنه لا يمكن إجازة الجانى أو شجحه على وجه التماثل التام^(٣) ومن ثم يتعذر القصاص بتعذر إستيفائه وينتقل

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

(٢) راجع الفقرة ١٥٩ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

حق المجنى عليه إلى بدل القصاص وهو الدية .

٢٩٠ - أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دون النفس : أسباب امتناع

القصاص الخاصة بما دون النفس هي : أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف .
ثانياً - عدم المماثلة في الحل . ثالثاً - عدم الاستواء في الصحة والكمال . وهذه
الأسباب ترجع كلها إلى أساس واحد هو التماثل ، فالقصاص يقتضى بطبيعته
التماثل من كل وجه، التماثل في الفعل والتماثل في الحل والتماثل في المنفعة .

٢٩١ - أولاً : عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف : يشترط للقصاص أن

يكون الإستيفاء ممكناً بلا حيف ، ولا يكون الاستيفاء ممكناً بلا حيف من
الأطراف إلا إذا كان القطع من مفصل ، أو كان له حد ينتهي إليه ، كإرن الأنف
وهو مالان منه ، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهي إليه
كالقطع من قصبة الأنف أو من نصف الساعد ، أو من نصف الساق فالقصاص في
ذلك على رأيين أولهما : يرى أنه لا قصاص مادام القطع من غير مفصل وليس له
حد ينتهي إليه لتعذر الاستيفاء ، ومن هذا الرأي أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب
أحمد ، الرأي الثاني : يرى أصحابه أن يقتصر من أول مفصل داخل في محل الجناية
وله حكومة في الباقي حيث لا يمكن القصاص على وجه المماثلة من غير المفصل ،
فن قطع ذراعه من نصف العضد كان له أن يقتصر من المرفق ويأخذ حكومة
عن نصف العضد ، ومن قطع ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتصر من
الكوع ويأخذ حكومة عن نصف الساعد من هذا الرأي الشافعي وبعض فقهاء
مذهب أحمد ولكن الفقهاء في مذهب أحمد يرى بعضهم أن المجنى عليه يستحق
حكومة عن الزائد والبعض يرى أنه لا يستحق شيئاً^(١) تطبيقاً لمبدأ الفاتل : بأنه
لا يجمع في فعل واحد بين قصاص ودية ، أما مالك فيرى القصاص ولو كان القطع

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٨ - المذهب ج ٢

ص ١٩٢ ، ١٩٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٢٩ .

من غير مقصّل إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه فإن لم يكن كذلك فلا قصاص ، ولو رضى الجاني بالقطع من مفصل داخل في الجناية ومن المتفق عليه بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد ألا قصاص في كسر العظام لأن التماثل غير ممكن ، والأمن من الحيف غير محقق .

ولكن مالكا يرى القصاص إذا قرر الخبراء أنه ممكن ولا خوف منه على حياة المقتص منه ^(١) .

وإذا اصطحب الكسر بشجة كالهشمة والمنقلة أو جرح من جراح الجسد فيرى الشافعي القصاص من الموضحة لأنها داخلية في الجناية ويمكن القصاص فيها وله أرش الباقي حيث تعذر فيه القصاص ، فانتقل إلى البدل وهذا هو مذهب أحمد إلا أن بعضهم يرى أن له أرش الباقي ، والبعض يرى أن ليس له مع القصاص شيء لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين القصاص والدية ويرى مالك القصاص من الجرح والعظم معاً في جراح الجسد لا في شجاج الرأس إن كان ذلك ممكناً وإلا فلا ويرى مالك أيضاً أن لا قصاص في الشجاج فيما فوق الموضحة ولو بقدر الموضحة ولكن في الجسد إذا كان جرح مصحوب بكسر فلا مانع في القصاص ، إذا كان ذلك ممكناً في الجميع وإلا فلا ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص أصلاً .

ومن المتفق عليه أن لا قصاص فيما فوق الموضحة من الشجاج لأن الاستيفاء دون حيف غير ممكن ، أما مادون الموضحة فيرى مالك القصاص فيه لأنه يرى الاستيفاء ممكناً دون حيف ، بأن يقاس طول الجرح وعمقه ويقتص بمثله ، وظاهر مذهب أبي حنيفة إن كان القصاص من الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وهو رواية عن محمد ، ورواية أخرى ألا قصاص فيما قبل الموضحة وهو رأى الشافعي وأحمد ، وحجتهم أن مادون الموضحة ليس له حد ينتهي إليه ، لأن الموضحة تنتهي إلى العظم ، أما مادونها فليس كذلك والقول بإمكان قياس عمق الجرح يودي إلى الإقتصاص من الباضعة أو السحاق موضحة إذا

(١) الفرح السكبير الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، المدونة ج ١٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

كان اللحم أى لحم الشاج خفيفاً ، أو الاقتصاص من السمحاق متلاحة ، أو باضعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء فى جميع ما سبق هو اختلاف التقدير ، أما قاعدتهم جميعاً فواحدة ، فمن رأى أن الاستيفاء ممكن فى حالة دون حيف قال به ومن رآه لا يمكن بغير حيف منع منه .

٢٩٢ - ثالثاً: عدم الممانعة فى الموضع : يشترط للاقتصاص التماثل فى الموضع أى فى محل الجنابة ، فلا يؤخذ شيء إلا بمثله ولا يقتص من عضو إلا لما يقابله ، فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جنسها ، فهو ليس مثلاً لها إذ التجانس شرط للممانعة ولا تؤخذ الرجل إلا بالرجل والأصبع إلا بالأصبع والعين إلا بالعين والأنف إلا بالأنف ولا يؤخذ الإبهام إلا بالإبهام ولا السبابة إلا بالسبابة ولا الوسطى إلا بالوسطى ولا البنصر إلا بالبنصر ولا الخنصر إلا بالخنصر لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجناس المختلفة ولا تؤخذ اليد اليمينية إلا باليد اليمينية ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً ، وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها إلا باليمين ولا اليسرى إلا باليسرى وكذلك الأعين كما قلنا ، وكذلك الأسنان لا تؤخذ الثنية إلا بالثنية ولا الناب إلا بالناب ولا الضرس إلا بالضرس لاختلاف منافعها فإن بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك ، واختلاف المنفعة بين الشيتين يلحقهما بجنسين مختلفين ولا ممانعة عند اختلاف الجنس ، وكذلك لا يؤخذ الأعلى منها بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لتفاوت المنفعة بين الأعلى والأسفل^(٢) .

٢٩٣ - ثالثاً المساواة فى الصحة : يشترط للاقتصاص أن يتساوى العضوان فى الصحة والكمال فلا تؤخذ مثلاً عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد يد صحيحة

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ - بدائع الصنائع ص ٣٠٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأن المقتص يأخذ فوق حقه أما إذا أراد الجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة فله أن يقتص لأنه يأخذ دون حقه وليس له مع القصاص أرش مقابل نقص الشلل لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما تنقص عنها في الصفة والتماثل لا يشترط في الصفات ، ويحتاط الشافعي وأحمد في أخذ الشلاء بالصحيحة فيشترطان أن يقرر أهل الخبرة أن قطع العضو الأشل لا يؤثر على حياة المقتص منه لأن الشلل علة وللعلل تأثيرها على الأبدان .

أما مالك فيرى أن لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء كما يرى أن لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولو رضى الجنى عليه بها إلا إذا كان العضو الأشل فيه نفع للجاني فإن لم يكن فيه نفع فلا قصاص .

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص بين الأشلين للمساواة ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعي أن لا قصاص لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها على الأجسام . أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص بين الأشلين لأنه يشترط التماثل في الأرض لأنه يسلك بالأطراف مسلك الأموال والشلل يؤثر على كل عضو تأثيراً مختلفاً فلا تصبح قيمتها واحدة ومن ثم امتنع القصاص لعدم المساواة^(١) ويرى زفر القصاص عند تساوى الشلل .

ولا يؤخذ الكامل بالناقص ، فثلاً لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص أصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة ، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، ولكن يجوز أخذ الناقص الكامل . فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة ، وليس للمقتص شيء عند أبي حنيفة ورأى في مذهب أحمد ، وله عند الشافعي ورأى في مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فآقتص فيه ، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البديل وهو الأرض ، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً واحداً بالكامل

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ - بدائع الصنائع ص ٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٨ - ٤٤٨ .

بلا غرم على الجاني ولا خيار للمجنى عليه في نقص الأصبع وله أن يختار بين القصاص وبين الدية إن كان النقص أصبعين فأكثر، أما الأصبع وبعض الآخر فلا خيار فيه للمجنى عليه لأنه نقص يسير لا يمنع المائلة، ومن ثم فيتمين قطع الناقصة بالكمال أما إذا نقصت يد المجنى عليه أو رجله أصبعاً فالقود على الجاني الكامل الأصابع ولا يفرم المجنى عليه الناقص الأصابع أرش الأصبع الزائد، ولا قصاص إن نقصت يد المجنى عليه أكثر من أصبع، إذا كانت يد الجاني كاملة الأصابع^(١) ولا تؤخذ يد ذات أطافر بيد لا أطافر لها، لكن تؤخذ اليد ذات الأطافر الصحيحة باليد ذات الأطافر المسودة أو المخضرة. لأن هذا الوصف لا يوجب نقصاً في المنفعة ولأن الصحيح يؤخذ بالسقيم^(٢).

وإذا قطع يد رجل وفيها أصبع زائدة وفي يد الجاني مثلها، فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن الأصبع الزائدة نقص وعيب، ويرى أبو يوسف القصاص للتأمل والمساواة وهو رأى الشافعي وأحمد ويتفق مع رأى مالك. ويرى أبو حنيفة، أن مقطوع الإبهام إذا قطع يد مقطوع الإبهام فلا قصاص لأن قطع الإبهام توهين للكف، ويسقط تقدير الأرش، فلا يعرف إلا بالحرز والظن، فتعذر المائلة. وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتأمل^(٣).

كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة

أولاً: في أيامة الأطراف وما يجري مجراها؟

٢٩٤ - الجفن: يؤخذ الجفن بالجفن عند الشافعي وأحمد لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهاه إلى مفصل فوجب فيه القصاص، ويؤخذ جفن البصير بجفن الضير، وجفن الضير بجفن البصير، لأنهما متساويان في السلامة من النقص وعدم الإبصار ليس نقصاً في الجفن ذاته

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ - التمرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٨ - ٤٤٩ - المذهب ج ٨

ص ١٩٣ - المواهب ج ٦ ص ٢٤٩ والدردير ج ٤ ص ٢٢٦ - البحر الرائق ص ٣٠٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٨ ، المواهب ج ٦ ص ٢٤٢ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٤ .

وإنما هو نقص في غيره^(١) أما عند مالك وأبي حنيفة فلا قصاص في جفون العين لأنه لا يمكن استيفاء المثل تماماً من دون حيف^(٢).

٢٩٥ - الأنف : يؤخذ الأنف بالأنف عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى : ﴿والأنف بالأنف﴾ ولا يجب القصاص في الأنف إلا في المارن ، وهو المارن منه ، لأنه ينتهي إلى مفصل ، ويؤخذ الكبير بالصفير والأقنى بالأفطس. والأشم بالأخشم الذي لا يشم . لأنهم امتساويان في السلامة من النقص وعدم الشم نقص في غيره ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجاني ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجاني قد يكون صغيراً وأنف الجاني عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المائلة بالمساحة أدى ذلك إلى قطع جميع المارن بالبعض .

ويؤخذ المنخر بالمنخر ، والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه لا يمكن القصاص فيه لانتهاهه إلى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بالجذام ، ولكن يؤخذ المارن الصحيح بالمارن المريض بالجذام ما دام لم يستطع منه شيء ، وإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً للمجنى عليه أن يقتص من الموجود ، وينتقل في الباقي إلى البديل عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء غير القصاص عند مالك وبعض فقهاء مذهب أحمد وإن قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل في الجنابة ويمكن القصاص فيه كما يرى الشافعي وأحمد ، وينتقل في الباقي إلى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص في الباقي لأنه عظم ، فانتقل فيه إلى البديل كما يرى الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء مع القصاص على ما يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد أما مالك فيرى القصاص من العظام كلما كان ذلك ممكناً فإن لم يكن ممكناً فلا قصاص^(٣)

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٢٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

أما أبو حنيفة فيرى القصاص في الأنف إذا أخذ كل اللارن ، لأن له حداً ينتهى إليه وهو مالان منه ، أما إذا قطع بعضه ، أو كان القطع من قصبه الأنف فلا قصاص لتعذر استيفاء المثل في البعض . ولأنه لا قصاص من العظم ، وإن كان أنف القاطع أمسرت خيراً المتطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية ، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشم لا يحد الريح أو أخرج الأنف أو بأنفه نقصان من شيء أصابه فإن القطوع بخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه^(١) .

العين : تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ولأنها تنهى إلى مفصل فجرى القصاص فيها ، وتؤخذ العين السائمة بالضعيفة خلقة أو من كبر ، فتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ، ولا تؤخذ الصحيحة بالفأمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وتؤخذ الفأمة بالصحيحة لأنها دون حقه ولا أرش ، لأن التفاوت في الصفة . ويستثنى أبو حنيفة من القصاص ما لو كانت عين المجنى عليه فيها بياض ولكن يبصر بها ، وكذلك عين الجاني فإنه لا قصاص فيهما^(٢) .

وإذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود عليه وعليه دية كاملة عند أحمد ، وحجته أن عمر وعثمان قضيا بهذا ولم يكن لهما مخالف في عصرهما فصار إجماعاً أما مالك فيرى تخيير المجنى عليه فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة ، ويرى أبو حنيفة والشافعي أن للمجنى عليه القصاص ولا شيء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية فقط :

أما مالك فجعل له الدية كاملة ، لأن عين الأعور هي كل بصره أى تساوى عينين . ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص دون خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً ، وإن عفا إلى الدية فله جميعها ، لأنه ذهب بجميع بصره فأشبهه ما لو قلع عين صحيح .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٦ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨

(٢) راجع حاشية الطهطاوى ص ٣٦٨ .

وإن قلع الأعور عين صحيح فالرأى الراجح في مذهب أحمد ، إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فإن اختار الدية فله دية واحدة ، والرأى المرجوح يرى أن له ديتين ، إحداهما : للعين التي تقابل عينه ، والدية الثانية : لأجل العين الثانية . وعند مالك للمعنى عليه القصاص ونصف الدية .

وإن قلع صحيح العينين أعور فله القصاص من مثاها ويأخذ نصف الدية لأن الجاني ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بذله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء ، إذ لا تؤخذ عينان بعين واحدة ، ولا أخذ معنى ييسرى ، فوجب الرجوع ببذل نصف الضوء ، ويرى البعض أن ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية . لأن الزيادة هنا غير مثمرة فلم يكن لها بدل .

ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فللاخير أن يقتص أو يأخذ دية كاملة لانصف دية (١) .

٢٩٦ - الأذنين : وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى ﴿والأذن بالأذن﴾ ولأنه يمكن القصاص لانتهائه إلى حد فاصل . وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص في غير صوان الأذن وتؤخذ بعض الأذن ببعضها ويراعى في تقدير المقطوع نسبته إلى الباقي فيقدر بالجزء ولا يقدر بالمساحة كما ذكر في حالة الأنف . ويؤخذ الصحيح بالمشقوب والمثقوب بالصحيح ، لأن المثقوب ليس بنقص ، وإنما تنقب الأذن الزيفة ، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه . وتؤخذ المشقوق بالصحيح وله من الدية ما يقابل النقص عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وليس له شيء عند باقي الفقهاء (٢) .

(١) موهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، المغني ج ٩ ص ٤٣٠ - ٤٣٢ ، المذهب ج ٢

ص ١٩١ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨ .

(٢) موهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المدونة ج ١٦ ص ١١٣ ، المذهب ج ٢ ص ١٩١

الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٠ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٣

٢٩٧ - الشفاه : وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهو ما بين جلد الذقن والحدين ، علواً وسفلاً لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهي إلى حده معلوم ، والقصاص فيه تمكن وهذا هو رأى الأئمة الأربعة ، وفي مذهب الشافعى ، من يرى أن لا قصاص فى الشفتين لأنه قطع لحم لا ينتهى إلى عظم ، وهو رأى مرجوح ، وفى مذهب ابن حنيفة يرون القصاص فى الكل ، ولا يرون القصاص فى الجزء لعدم إمكان القصاص بدون حيف ^(١) .

٢٩٨ - اللسان : ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعى وأحمد لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن له حداً ينتهى إليه ، فاقص فيه ، ولا يؤخذ لسان الفاطى بلسان الأخرس ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه ، ولا يرى مالك القصاص فى هذه إلا إذا كان فى اللسان منفعة للجاني كما هو الحال فى اليد السلاء ، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو ربعه اقتص من لسان الجاني فى مثل ذلك القدر ، وفى مذهب الشافعى رأى يرى عدم القصاص فى البعض ، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأى مرجوح والمذهب أن ما يمكن القصاص فى كله يمكن القصاص فى بعضه ^(٢) أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص فى اللسان كله أو بعضه إذ القاعدة عنده أن ما يتبعض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المائلة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص فى كل اللسان إن استوعب قطعاً ، إذ يمكن القصاص على وجه المائلة بالاستيعاب ^(٣) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ - الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ .

٢٩٩ - السن بالسن : ويؤخذ السن بالسن لقوله تالي ﴿ والسن بالسن ﴾

ولأنه محدود في نفسه يمكن القصاص فيه دون حيف ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويأخذ المكسور بالصحيح ، ولا شيء له عند مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله مقابل مانقص من المكسور عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ؛ ولا قصاص في قلع السن الزائد لتعذر المثل ، وإن كان له سن زائد في غير موضع المقلوع لم يؤخذ به ، ويرى الشافعي القصاص في السن الزائد إذا كان له مماثل وكذلك أحمد ولا يرى ذلك أبو حنيفة .

ولا يقتص إلا من سن قد سقطت رواضعه ثم نبقت بعد ذلك ، وإلا فلا قصاص ، حيث إنها تعود بحكم العادة كما كانت قبل السقوط أو الكسر^(١) .

٣٠٠ - اليد : وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل

بالأنامل لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب القصاص .

وإذا كان القطع من مفصل الكوع أو المرفق فله القصاص باتفاق الفقهاء ، أما إذا كان القطع من غير مفصل كالقطع من الكف أو الساعد أو العضد فمالك يرى القصاص إذا أمكن ولم يخفف منه وإلا فلا قصاص ، وأبو حنيفة وأحمد والشافعي لا يرون القصاص لأن محل القطع عظم ، لكن يجوز عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يقتص الجنى عليه من أول مفصل داخل في الجناية ، ولا يميز هذا أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ولا يميزه مالك حتى لو اتفق عليه الطرفان ، ومن أجازاه من فقهاء مذهب أحمد اختلفوا ، فبعضهم يرى أن للجنى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٩٢ - النسخ الكبير ج ٩ ص ٣٤ - البحر الرائق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

عليه أرش الباقي ، وبعضهم يرى أن لاشيء له مع القصاص ، ومذهب الشافعي أن له أرش الباقي .

وقياساً على ما سبق يكون الحكم في الأعضاء ذات الفاصل ، وهي الأصابع والرجلين ، ولا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع ، فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأنه يأخذ أكثر من حقه ، لكن الشافعي يجيز هو وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجاني ما يقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخلة في الجنابة ويمكن استيفاء القصاص فيها ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما مالك فيجيز القصاص بين اليد الكاملة واليد الناقصة إذا كان النقص في الجاني أو المجنى عليه أصبعاً واحدة ، أيا كانت ، ولا مقابل للأصبع الزائدة فإن زاد النقص عن أصبع واحدة فلا قصاص ، ولا يجيز مالك ما يجيزه الشافعي من أخذ الأصابع دون الكف .

وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فإن قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع ، أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فلمجنى عليه أن يقتص من الكف وإس له شيء عند أبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله دية الأصبع الخامس والحكومة في الأصبع السادس عند الشافعي فقهاء مذهب أحمد لأنه وجد بعض حقه ، وعدم الباقي ، فأخذ الموجود وانتقل في المعلوم إلى البدل ، أما الفريق الآخر فحجته أنه لا يجوز الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد . ورأى مالك تؤخذ الناقصة بالكاملة إذا كان النقص أصبعاً واحداً ، ولا مقابل للنقص فإن كان النقص أكثر من أصبع خير المجنى عليه بين القصاص والدية ، فإن اقتص فلا شيء له

ولا يؤخذ أصلي بزائد ، فإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجيز الشافعي وبعض فقهاء أحمد القصاص من الأصابع الأصلية

على ما ذكرنا آنفاً ، ومذهب مالك يحيز القصاص لأن نقص أصبع واحدة لا يمنع من القصاص .

ويجوز أخذ الزائد بالأصلى ، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فلم يجنى عليه عند الشافعى أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ، ولا شيء له لنقصان أصبع أصلية ، لأن الأصبع الزائدة تقوم مقامها ، إذ أنها مثلها في الخلقة . وفي مذهب أحمد رأى يرى أن لاقصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية ، ورأى يرى القصاص إذا كانت الزائدة في محل الأصلية ، ورأى يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها .
ويظهر أن أبا حنيفة يحيز أخذ الزائد بالأصلى ، لأنه يعتبر الزيادة نقصاً ، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالكامل^(١) .

والقاعدة عند مالك : أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص . ويؤخذ الناقص بالكامل ، إلا إذا رضى المجنى عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية .

فمثلاً إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتص للأقطع من يد السليم حيث لا يؤخذ كامل بناقص ، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فلم يجنى عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية ، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له^(٢) .

ولا يحيز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجاني من مفصل أدنى منه داخل في الجنابة ولورضى الجاني والمجنى عليه ، لكن إذا وقع القصاص على هذا الشكل فقد أجزأ ولا يماذ لو طلب المجنى عليه استيفاء الباقي^(٣) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٨ ، ٣٠٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٩٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ - وشرح الدردير يجوز أخذ الزائد بالزائد .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٥ .

(٣) المرجع السابق .

ويقتض من الأصبع الزائد في الأصبع الزائد المائل كما جاء في شرح الدردير إذا تساوى في الحُل ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة . لأن الزائد في معنى المزلل ، ولا قصاص عنده في مزلل ، حتى أنه يرى أن لاقصاص بين يدين في كل متباعدة أصبع زائدة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في هذه الحالة للمساواة بين اليدين .

٣٠١ - الإليتان : - وتؤخذ الإليتان بالإليتين وهما الناتشتان بين الظهر والفخذ ، وهو رأى مالك . ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد ، وحيثهم قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن الإليتين ينتهيان إلى حد فاصل ، فوجب فيهما القصاص كأي عضو له مقصّل ، أما البعض الآخر فيرى أن لاقصاص لأن الإليتين لحم متصل بالحم وليس له حد فاصل يؤمن معه الخيف وهو رأى أبو حنيفة (١)

٣٠٢ - ويؤخذ الذكر بالذكر : لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن الفصل فيه من غير خيف عند مالك والشافعي وأحمد ، ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص في الذكر لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن القصاص على وجه المائلة ولكن أبا يوسف يرى القصاص إذا استوعبت الذكر كله لأن له حدا ينتهي إليه .

ويؤخذ بعضه ببعضه عند مالك وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان أرجحها أخذ البعض ببعض ، وعند أبي حنيفة تؤخذ الحشمة بالحشفة ولاقصاص في بعضها ولا في بعض الذكر غيرها .

ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل في الجماع وعدم الإنزال لمعنى في غيره ويقطع الأغلف بالختون ، لأنه يزيد على الختون بجلدة تستحق إزالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل ، لأن الأشل ناقص بالأشل فلا يؤخذ به كامل (٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ - المذهب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

٣٠٣ — وتؤخذ الأثنان بالأثنين لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه ؛ فإن قطع أحد الاثنين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه حتى لا تؤخذ أثنيان بواحدة ، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد والظاهر من مذهب مالك ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الاثنين حيث لاحد لهما ينتهيان إليه فيهما^(١) .

٣٠٤ — الشفعية — قياس مذهب مالك أن فى الشقرين القصاص ، وقياس مذهب أبى حنيفة لاقتصاص فيهما ، وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان : أحدهما يقول بالقصاص ، والثانى يرى أن لاقتصاص ، وحجة الأول أن لهما حداً ينتهيان إليه ، وحجة الثانى أن الشقرين لحم وليس لهما حد ينتهيان إليه^(٢) .

ثانياً - فى إذهاب معانى الأطراف

٣٠٥ — المفروض فى تفويت منفعة الأطراف بقاء أعيانها ، فإن ذهب المعنى مع الطرف دخل الفعل تحت أيامة الأطراف ، لأن معنى الطرف يكون تابعا للطرف فى هذه الحالة .

والأصل أنه لاقتصاص فى تفويت منفعة معانى الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء ، ولكن معظم الفقهاء لا يرون مانعا من محاولة القصاص ، فإن أمكن الاستيفاء ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يتمكن ألزم الجانى بالدية وهم يفرقون بين ما إذا كان الفعل يجب فيه القصاص أو لا يجب فيه القصاص . فإن كان فيه القصاص استوفى القصاص فى الفعل المادى ، فإن ذهبت المعانى المائلة فقد انتهى الإشكال ، وإن لم تذهب عمل على إذهابها بطريقة إن أمكن

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٩ — المهذب ج ٢ ص ١٩٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٠ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٠ . ويرى مالك وأحمد والشافعى القصاص فى الأطراف . ويرى أبو حنيفة القصاص فى حلة الثدى دون الثدى ، وعند مالك وأبى حنيفة لاقتصاص فى شعر الرأس والحاجبين والشارب واللحية .

فإن لم يكن ذلك في الإمكان فقد امتنع القصاص لعدم إمكانه ووجبت الدية محله .

وإذا كان الفعل لا يجب فيه القصاص عمل على إذهاب المعاني بطريقة علمية إن أمكن ذلك ، فإن ذهبت المعاني فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد^(١) ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص في الفعل ولا في ذهاب المعنى ، ولو كان الفعل أصلاً يمكن القصاص فيه كالموضحة التي تذهب البصر ، لأن القصاص على وجه المائلة غير ممكن ، إذ الفعل الذي يراد القصاص فيه جرح مذهب لمعنى طرف ، وإحداث مثل هذا الجرح على وجه التماثل غير ممكن ، ويرى أبو يوسف ومحمد القصاص في الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفي المعنى الدية ، وهناك رواية عن محمد عن ابن سماعة أن في الفعل والمعنى القصاص معاً إذا كان القصاص من المعنى ممكناً كالإبصار ، أما إذا كان القصاص من المعنى غير ممكن فلا قصاص إلا في الفعل ، ويرى بعض أصحاب الشافعى أن لا قصاص في المسراية أصلاً وهو رأى مرجوح وليس هو المذهب^(٢) .

ويضربون مثلاً لتطبيق القواعد السابقة في حالة وجوب القصاص في الفعل رجل ضرب آخر فشجعه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه ، فله مجنى عليه عند مالك والشافعى وأحمد أن يقتص من الموضحة ، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه ، وإن لم يذهب عوّل بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف ، فإن كان إذهاب المعاني يقتضى الجناية على هذه الأعضاء لم يجز إذهاب المعاني . ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الموضحة ولا في غيرها ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في الموضحة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ - المذهب ج ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٠ - الشرح

الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢

فقط ، ورأى محمد عن ابن سماعة ، ورأى بعض فقهاء مذهب الشافعى يرى القصاص المباشر من الموضحة ومن المين ، ولا يرى القصاص المباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن .

ويضربون مثلاً في حالة عدم القصاص شجرة وفوق الموضحة لا قصاص فيها من الجرح ، وإنما تبقى فقط محاولة إذهاب المعنى ، على أن الشافعى وبعض الفقهاء في مذهب أحمد يرون أن يقتصر موضحة فقط في هذه الحالة .

ثالثاً : القصاص في الشجاج

٣٠٦ - لا خلاف بين الفقهاء الأربعة على أن الموضحة من الشجاج فيها القصاص لإمكان الاستيفاء على وجه المائلة ، إذ لها حد تفتى إليه السكين وهو العظم ، ولا خلاف بينهم أيضاً في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المائلة . لأن الهاشمة تهشم العظم . والمثقلة تنقله من مكانه بعد هشمة ، والأمة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ وكذلك الدامعة .

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فختلف فيه . فمالك يرى القصاص فيها جميعاً لا مكان القصاص^(١) ، وأبو حنيفة يرى طبقاً لرواية الحسن أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق ، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة أو السمحاق والهاضعة والدائمة ، لأن استيفاء الثل يمكن بقياس الجراحة طولاً وعمقاً^(٢) .

ومذهب الشافعى وأحمد على أنه لا قصاص في غير الموضحة من الشجاج ، لأن ما فوق الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المائلة ، لكنها يريان أن المعنى عليه الحق في أن يقتصر ، وهى بعض حقه ، لأن ما فوق الموضحة يزيد عليها فإذا اقتصر موضحة فقط فقد أخذ بعض حقه ، ويرى الشافعى أن المعنى عليه مع ذلك أن يأخذ الفرق بين دية الموضحة ودية تلك الشجة ، لأن تعذر

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٩

القصاص على سبيل المائلة ينقل حقه إلى البدل فيما لم يقتص منه ، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد هذا الرأي ، ويرى البعض الآخر أن لا شيء له مع القصاص حتى لا يجتمع القصاص والدية في عضو واحد .

أما قبل الموضحة من الشجاج فيرى الشافعي وأحمد أن لا قصاص فيها لأنها جراحات لا تنتهي إلى عظم فليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة ، ولا عبرة عندهما بقياس عمق الجرح ، لأن الأخذ بهذه الفكرة يؤدي إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشقوق كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر في الموضحة عمقها فكذلك يجب أن يكون الحال في غيرها^(١) .

القصاص في الجراح

٣٠٧ - اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً في الجراح ، فمالك يرى القصاص في كل جراح الجسد ولو كانت مثقلة أو هاشمة ، أي ولو كانت مصحوبة بكسر في العظام ، لأنه يرى القصاص ممكناً على وجه المائلة ، ولا يمنع القصاص إلا إذا عظم الخطر منه كما في عظام الصدر والعنق والصلب والفخذ ، فإذا لم يكن هناك خطر أصلاً أو كارت خطر لم يعظم فالقصاص واجب^(٢) ولا قصاص في الجائفة .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الجراح أصلاً ، سواء كانت جائفة أو غير جائفة حيث لا يمكن الاستيفاء فيها على وجه المائلة ، لكن إذا أدى الجرح للوثة وجب فيه القصاص إن كان الجاني متممداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً^(٣) .

ويرى الشافعي وأحمد القصاص في جراح الجسد إذا كان الجرح في معنى

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٠ - المبرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ .

الموضحة أى إذا كان الجرح ينتهى إلى عظم كجروح الساعد والعضد والساق والفخذ فهذه يمكن المائلة فيها فيجب فيها القصاص . ولكن بعض أصحاب الشافعى لا يرون القصاص فى جراح الجسد أيا كانت . وهو رأى مرجوح وحبثهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر ، أما جراح الجسد فلا ، ورد عليهم بأن الأساس فى القصاص ليس الأرض ، وإنما قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير ، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المائلة فى معظم الجراح كذلك قال به . ومن رآه غير ممكن أصلاً كآبى حنيفة قال لا قصاص ، ومن رآه ممكناً فى الإيضاح فقط كالشافعى ومالك قال بالقصاص فيما أوضح العظم من الجراح فقط .

القصاص فى القسم الخامس

٣٠٨ — إذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحاً فلا قصاص طبقاً لرأى أغلب الفقهاء . فاللطمه والوكزة والوجأة . وضربة السوط والمصلا قصاص فيها إذا لم تترك أثراً ^(٢)

ويستثنى مالك السوط ، ويرى القصاص فى ضربة السوط ولو لم يحدث جرحاً أو شجة ، ولكنه لا يرى القصاص فى اللطمه وضربة المصلا إلا إذا تركت جرحاً أو شجة ^(٣) ويرى شمس الدين بن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة القصاص فى اللطمه والضربة بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما غوqبتم به ﴾ فأمر بالمائلة فى العقوبة والقصاص . فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل . وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه ، ولا ريب أن اللطمه باللطمه والضربة بالضربة أقرب إلى المائلة المأمورها

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩٩ ، (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧

المدونة ج ٦ ص ٢٣٩ — الاقتناع ج ٤ ص ١٩٠

حسًا وشرعًا من التعزير بغير جنس اعتدائه ، وقدره وحقيقته ، وقد استدلل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة ، وأن أبا بكر وعثمان وعليًا وخالد بن الوليد أقادوا من لطمة ، وأن عمر بن عبد العزيز أقاد رجلًا صفعه آخر حتى سلح^(١) ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد القصاص من اللطمة إذا ذهبت بضوء العين^(٢) ولكنهم لا يرون القصاص في اللطمة وحدها .

استيفاء القصاص

٣٠٩ - **سحق القصاص** : مستحق القصاص فيما دون النفس هو المجنى عليه دون غيره وله أن يستوفي القصاص إذا كان بالغًا عاقلًا . فإن لم يكن كذلك فيرى مالك وأبو حنيفة أن يقوم مقامه في الاستيفاء الولي أو الوصي^(٣) وهذا الرأي يأخذ به بعض الفقهاء في مذهب أحمد .

ويرى الشافعي وأغلب الفقهاء في مذهب أحمد أن الولي والوصي ليس لهما أن يستوفيا قصاصًا استحق للصغير أو المجنون ، لأن القصاص للتشفي ، ولا يتوفر هذا المعنى في قصاص الولي والوصي . فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون^(٤)

ويعطى مالك للولي والوصي والقيم حق الاستيفاء في النفس وفيما دونها ويعطى أبو حنيفة للولي حق الاستيفاء في النفس ، وللولي والوصي والقيم حق الاستيفاء فيما دون النفس ، ويعطل ذلك بأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد ولذا لا يلي استيفاء القصاص في النفس ، أما ما دون النفس فيسلك بهما مسلك

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢ وما بعدها .

(٢) المهلب ج ٢ ص ١٩٩ المعنى ج ٩ ص ٤٢٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٤) النسخ الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ - مهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

الأموال، وللوصى ولاية استيفاء المال . فأخير له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس ، لأنه في حكم استيفاء المال^(١).

٣١٠ - هل يحبس الجاني إذا أضر القصاص؟ ومن يرى تأخير القصاص حتى البلوغ أو إفاقة المجنون لا يرى حبس الجاني حتى البلوغ أو الإفاقة ما دامت الجناية على ما دون النفس ، بل يطلق سراح الجاني ، أما إذا كانت الجناية على النفس فيحبس الجاني ، ويترتب على هذا أنه لو أطلق سراح الجاني ثم مات المجنى عليه بالسراية . تعين حبس الجاني ، لأن الجناية أصبحت نفساً^(٢).

٣١١ - مرى - لمطة الولي والوصى : تتأثر سلطة الولي والوصى طبقاً لاختلاف وجهة نظر الفقهاء في عينية القصاص ، فمن رأى أن القصاص واجب عيناً وأن الدية لا تجب بتنازل المجنى عليه عن القصاص على الدية . وإنما تجب برضاء المجنى عليه ، من رأى هذا كالك لا أبي حنيفة منعا الولي والوصى من العفو ، لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق ، والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ، ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير ، والعفو ضرر محض ، لأنه إسقاط دون مقابل . وإنما يجوز للولي والوصى الصلح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرض ، فإن صالحا على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجاني بما نقص من الدية أو الأرض ، ويقيد مالك الرجوع على الجاني بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق ، وإذا رجع المجنى عليه على الجاني لم يكن للجاني أن يرجع على الولي أو الوصى بما رجع عليه به المجنى عليه^(٣).

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ ، ٢٨٨ الدردير

ص ٢٢٠ البصر الثاني ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) المراجع السابقة .

والشافعي وأحمد لا يريان أن للولي حق الاستيفاء ، ولا يجعلان للوصي أو القيم دخلاً في هذا الحق ، ولكنهما يعطيان الولي حق المعفو عن القصاص إلى الدية ، ولا يعطيانه حق المعفو مجاناً ولولي الجنون أن يفعو على المال عند البعض بالشرط السابق . وليس له المعفو عند البعض لأن نفقته في بيت المال^(١) .

٣١٢ - هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ : المسألة في منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة ، أن القصاص حق ، وأن استعماله يقتضي الأهلية فيمن يستعمله ، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجاني فعلاً به مثل ما فعل بهما كأن كان الجاني قطع يد الصغير فقطع الصغير يده ، فيرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلفه ، فأشبهه مالهو كانت له ودیعة عند رجل فأتلفها ، فإن المودع لديه لا يسأل عن الودیعة ويرى البعض أن لا يعتبر مستوفياً لحقه لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، ويعتبر جانياً على الجاني ، وعلى الأخير أن يؤدي للصغير أرش يده ويرجع على عاقلة الصغير بأرش يده هو لأن عمد الصغير خطأ^(٢) .

٣١٣ - من يلي الاستيفاء ؟ لا يستوفي القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان وتحت إشرافه ، لأن القصاص فيما دون النفس يحتاج إلى الاجتهاد ويسهل فيه الخيف ولا يؤمن أن يخيف المقتص فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان .

ومذهب أبي حنيفة وهو وجه في مذهب أحمد ، جواز الاستيفاء من الجنى عليه فيستوفي الجنى عليه نفسه ، إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه وكل عنه من يحسنه ، لأن القصاص حق له فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ، والمقصود من القصاص التشفى ، وتمكين الجنى عليه من القصاص أبلغ في التشفى ، ولكن لما كان استعمال الحق يحتاج إلى خبرة خاصة ،

(١) نهایه المحتاج ج ٨ ص ٢٨٤ والمهذب ج ٢ ص ٢٥٠ - والفرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥

(٢) الصرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ - والمهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

فإن الجنى عليه لا يمكن منه إلا إذا توفرت فيه هذه الخبرة ، فإن لم تتوفر وكل عنه خبيراً بالقصاص ، والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل بأجر من بيت المال يكون خبيراً بالقصاص ، مهمته أن يستوفى نيابة عن المجنى عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

ويرى مالك والشافعي - ورأيهما وجه في مذهب أحمد - يرون بأن الجنى عليه ليس له أن يستوفى فيما دون النفس بأي حال ، سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجاني أو ينجى عليه بما لا يمكن تلافيه وإنما يتولى القصاص في النفس من يُحْسِنُهُ من الخبراء ، ويقول مالك في ذلك « أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلاً » وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً بمهمة القصاص فيما دون النفس^(٢) .

كيفية الاستيفاء في الشجاج والجراح : ذكرنا أن الاستيفاء في الشجاج والجراح يكون بالمساحة ، فيراعى طول الجراح وعرضها عند الشافعي وأحمد ولا يراعى العمق ، أما مالك وأبو حنيفة فيراعون العمق فوق مراعاة الطول والعرض والفرق بينهما وبين الشافعي وأحمد : أن الأولين يقولان بالقصاص من الشجاج قبل الموضحة كلها أو بعضها ، أما الأخيران فيقولان بالقصاص من الموضحة فقط ، ولما كانت الموضحة هي التي توضح العظم أى تظهره . فليس هناك ما يدعو لقياس العمق ، لأن حد الجراحة هو إيضاح العظم أى إظهاره ، أما ما قبل الموضحة فليس له حد في عمقه معين ، فاشتراط قياس عمق الجرح لتحقيق التماثل بين فعل الجاني والمقتص والقاعدة عند الشافعي وأحمد اعتبار كل العضو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ الشرح الكبير

ولا يتقيد الشافعي وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب مادام هذا المكان في عضو الجاني لا يتسع لتقصص ، ويعتبران عضو الجاني كله ، أعلاه وأسفله ، ووجهه وظهره محلا للتقصص حتى تستوفى الجراحة المائلة طولاً وعرضاً ، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجاني إذا كانت الجراحة لاتأخذ كل العضو وأن لاينتقل التقصص من عضو إلى عضو آخر فإذا لم يتسع عضو الجاني كله لمثل الجراحة التي بعضو الجني عليه . اكتفى بما اتسع له عضو الجاني فقط . وهذا لا يظهر إلا إذا كان عضو الجاني أصغر من عضو الجني عليه أما إذا كانت مثله فالاستيفاء في نفس الحل .

فمثلاً إذا كانت رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، وكانت الموضحة في مقدم الرأس أو في مؤخره أو قزعتة وأمكن أن يستوفى قدرها في موضعها من رأس الشاج لم يستوف في غيرها . وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الشاج استوفى بقدرها ، وإن جاوز الموضع الذي شجه في مثله لأن الجميع رأس ، فإن كانت في مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفى بقية الشجة في جانب الرأس وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجاني لم يجوز أن ينزل إلى الوجه والقفا لأنه قصاص في غير العضو الذي جنى عليه وهو الرأس وإن أوضح الجاني كل رأس الجني عليه ، ورأس الجاني أكبر من رأس الجني عليه ، بدأ الجني عليه بالتقصص من أي جانب شاء ، لأن الرأس جميعها محل للجناية ، وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره فهناك رأيان : رأى يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحين بموضحة ، ورأى يقول بالجواز مادام لا يجاوز قدر الجناية وموضعها وهو الرأس ، إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أو شين .

أما إذا كان رأس الجاني هو الأكبر فللمجني عليه أن يستوفى مثل شجته في مكانها . وهذا هو رأى الشافعي وأحمد^(١) .

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٠ - المغني ج ٩ ص ٤١٤ وما بعدها - مواهب الجليل ص ٢٤٦ شرح الدردير ص ٢٢٣ .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الاستيفاء بحسب طول الشجة وعرضها ما أمكن بشرط أن لا يؤدي القصاص إلى إحداث شين الجاني أكثر من شين الجنى عليه فإذا أخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وكانت تزيد على ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فليس للمشجوج أن يزيد على ما بين قرني الشاج وله أن يأخذ الأرض إن شاء ، وكذلك لو كانت الشجة لا تستوعب ما بين قرني المشجوج فله أن يقتصرها غير مستوعبة وإن شاء الأرض ^(١) .

كيفية القصاص في الجراح : لاقصاص في الجراح عند أبي حنيفة . ويرى أحمد والشافعي القصاص فيما أوضح العظام ، أما مالك فيرى القصاص في كل الجراح ما أمكن القصاص مالم تكن مخوفة . والقاعدة التي أخذ بها مالك والشافعي وأحمد في الشجاج هي قاعدتهم في الجراح .

كيفية القصاص في الأطراف : القاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن لاقصاص إلا من الفصل في الأطراف أما مالك فيجيز القصاص من غير مفصل لأنه يجيز القصاص من العظام . فإذا كان القطع من غير مفصل فلا قصاص إلا عند مالك ، لكن الشافعي وأحمد لا يريان مانعاً من القصاص من أول مفصل داخل في الجناية ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة .

٣١٤ — **كيفية الاستيفاء :** لا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ، ولا يستوفى بآلة يخشى منها الزيادة ولو كانت هي الآلة المستعملة في الجريمة ، ولا يقاس الاستيفاء في الجراح بالاستيفاء في القتل لأن القتل اشترط في استيفائه السيف ، لأن السيف آلة القتل وليس ثمة شيء يخشى التعمد إليه ، فيجب أن يستوفى ما دون السيف بالآلة الملائمة للقصاص ، ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يحوز استيفاؤه ، ولقد

منعنا القصاص كلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه ، فلأن يمنع الآلة التي يخشى
منها الزيادة أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو مألشها فيقتص بالموسى أو بمحديدة
ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن في حكمه ،
وإن كان على موضع الجراحة شعر حلق ، ثم تقاس الشجة بخشبة أو بخيط ويعلم
طولها ، ويقاس مثلها في رأس الشاج وتعلم بخط بسواد أو بغيره ، ثم تؤخذ
حديدية عرضها عرض الشجة فيضعها في أول المكان الملم بالسواد ثم يجرها إلى
آخره ، وإن كان الفعل قطعاً من مفصل قطع الجراح مفصل الجاني بأرفق
وأسهل ما يقدر عليه ، وهكذا يراعى في الاستيفاء أن يكون بما يؤمن معه
الحيف والتعذيب . وأن يكون بألة ماضية معدة للاستيفاء وأن يكون
الاستيفاء من خير يأتي به على أرفق وجه وأسهله^(١) .

وكل ذلك إنما هو تطبيق لشرط التماثل وأخذاً بقول الرسول عليه الصلاة
والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شيء » . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ،
وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

ولا يقتص من الجاني في حر شديد ولا برد شديد حتى لا يكون
للقصاص أثر على الجسم غير عادي ، ولا يقتص من الجاني وهو مريض
حتى يشفى من مرضه ، ويعتبر النفاس مرضاً حتى تنتهى أيامه ، وإذا وجب
الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه من الموت سقط الحد ووجبت عليه الدية^(٢)
ولا قصاص فيما دون النفس على حامل حتى تضع حملها ولو كان الحمل
بعد الجنابة^(٣) .

(١) مواهب الجليل ص ٢٥٤ - بهائم الصنائع ص ٣٠٩ - مهذب ج ٢ ص ١٩٩ -
الغنى ج ٩ ص ٤١٢ .

(٢) مواهب الجليل ص ٢٣٥ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

٣١٥ - الاستيفاء عند تعدد المستحقين : إذا تعدد المستحقون وكان محل

حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفي حقه في أى وقت يشاء .
حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين .

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يميني رجلين . فإن محل القصاص للرجلي عليهما هو يمين الجاني . وحكم هذه الحالة عند مالك ، أنه إذا حضر الرجلي عليهما معاً أو حضر أحدهما وتغيب الآخر فإن يد الجاني تقطع وليس لهما شيء غير ذلك ، وهذا تطبيق لنظريته فإن القصاص واجب عيناً ، وإن حقهما تعلق بقطع يد الجاني ، فإذا قطعت فقد انتهى حقهما^(١) .

وتقول نظرية مالك : إنه إذا استحق أكثر من واحد القصاص من عضو اقتص من العضو ولو طلب أحدهم القصاص فقط ويسقط حق الباقيين . وإذا استحق أكثر من واحد القصاص في عضو واحد واختلفت حقوقهم . بأن استحق أحدهم كل العضو واستحق بعضهم بعض العضو . كان قطع لواحد السبابة اليميني ، وللثاني أصابعه ، وللثالث يده من المعصم ، والرابع يده من المرفق فلكل هؤلاء يستحقون في يد المرفق . فتقطع اليد من المرفق لهم جميعاً . ولا شيء لهم ما لم يكن الجاني قصد الثلاثة فيقتص للأول في السبابة ثم تقطع بقية أصابعه ، ثم تقطع اليد من المرفق .

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلها أن يقطعا يمين الجاني وبأخذها منه دية يديهما نصفين لأنهما استويا في سبب الاستحقاق . وقد وجب قطع اليد في حق كل واحد منهما ، فيستحق كل منهما قطع يده ، ولا يحصل من كل منهما في يد واحدة إلا قطع بعضها ، فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع إلا بعض حقه فيستوفي الباقي من الأرش .

وهذا الرأي تطبيق لنظرية أبي حنيفة في وجوب القصاص عيناً ، تلك

النظرية التي قيدها في حالة زوال محل القصاص بحق فيما دون النفس ^(١).
وتقول نظرية أبي حنيفة : إنه إذا تجمعت حقوق في عضو وجب استيفاء
حق كل واحد بالقدر الممكن . بغض النظر عن أسبقية الاستحقاق ، فإذا وجد
مع ذلك حق أحد المستحقين ناقصاً خيراً بين القصاص والدية ولا شيء له إذا
اقتص وإذا لم يتمكن أحد المستحقين من القصاص فله الدية
أما الشافعي فيرى أنه إذا قطع أكثر من واحد فيقتص منه للأول وللباقيين
الدية وإن سقط حق الأول بعفو أو صلاح مثلاً اقتص للثاني وهكذا إذا اقتص
لواحد بعينه تعين حق الباقيين في الدية ، لأن القود فاتهم بغير رضاهم . وإذا
قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال فلم يعرف من قطع الأول . أفرع بينهم
فمن خرجت له القرعة اقتص له وتعين حق الباقيين في الدية ^(٢) .
وحجة الشافعي أن الجاني إذا قطعت يده لأحد المستحقين صارت حقاله ،
ولا يمكن أن تكون مع ذلك حقاً لغيره فوجب الدية للغير ، والشافعي يطبق
هنا نظريته في القتل .

أما أحمد فيطبق أيضاً نظريته في القتل ويرى أن المجنى عليهم إذا اتفقوا على
قطع الجاني قطع لهم جميعاً ، ولا شيء لهم فوق ذلك ، لأن حقهم في القطع وقد
رضوا به ، فإن أراد أحدهم القود وأراد الباقيون الدية قطع لمن أزداد القود وتعين
حق الباقيين في الدية ^(٣) .

وأساس نظرية الشافعي وأحمد أنه : إذا تجمعت حقوق في طرف واحد
استوفى الحقوق كلها بالقدر الممكن بشرط تقديم الأسبق في الاستحقاق ، وإذا
وجد حق أحد المستحقين ناقصاً ، خيراً بين القصاص والدية ، ولا شيء له إذا
اقتص عند بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله أرش للناقص عند الشافعي وبعض الفقهاء ،

(١) المفتى ج ٩ ص ٤٤٩ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ - المفتى ج ٩ ص ٤٤٩ .

وإذا لم يتمكن أحد المستحقين مع ذلك مع القصاص فله الدية .
وإذا بادر أحدهم فقطعه فقد استوفى حقه ولا شيء للآخرين عند مالك
ولم الدية عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

٣١٦ - هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصاً ؟ إذا استحقت كل أطراف
الجاني قصاصاً اقتص منه في جميعها بعكس ما عليه في تنفيذ الحدود فإذا قطع
الجاني يدي رجل ورجليه قطعت يداه ورجلاه لأنه المثل ، ولأن استيفاء المثل
ممكّن . ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يمينه لصاحب اليمين . وقطعت
يساره لصاحب اليسار لأن هذا يحقق المائلة . وهكذا يقطع من الجاني طرف
بعد طرف كلما استحق ولم يكن ثمة مانع يمنع القصاص ^(١) .

٣١٧ - إذا قطع أصبع شخص من المفصل من اليد اليمنى مثلاً ثم قطع
اليمنى لشخص آخر . فيرى مالك أن تقطع اليد اليمنى فقط ولا يقطع الأصبع
إلا إذا كان الجاني قد قصد الثلاثة فيقطع الأصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد وفي
الحالين لا شيء للمبني عليهما ، لأن حقهما معلق بالقصاص دون غيره وقد اقتص
من الجاني ^(٢) ويرى أبو حنيفة أنهما إذا جاءا يطلبان القصاص مجتمعين ، يقتص أولاً
في الأصبع لأننا لو بدأنا بالقصاص في اليد أبطأنا حق صاحب الأصبع في
القصاص ، ولو بدىء بالأصبع لم يبطل حق صاحب اليد في القصاص ، لأنه
يمكن من استيفائه مع النقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية ، لأن
الكف صارت معيبة بقطع الأصبع فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار كالأشمل
إذا قطع يد الصحيح ، وإذا جاءا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولاً
اقتص له حتى إذا جاء صاحب اليد خير على الوجه السابق ، أما إذا جاء صاحب
اليد أولاً اقتص له ، لأن حقه ثابت في اليد ولا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق
غائب يحتمل أن يحضر ويطالب ، ويحتمل أن لا يحضر ولا يطالب ، فإن جاء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) المواهب ج ٦ ص ٢٥٦ - الدردير ص ٢٣٦ .

صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرض لتعذر استيفاء القصاص^(١) .

ويرى الشافعي وأحمد أنهما إذا حضرا معا قدم في القصاص صاحب الأسبقية في الاستحقاق ، فإن كان قطع الأصبع أسبق ، قطعت أصبعه قصاصاً ، وخير صاحب اليد بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد ، أن له القصاص فقط وليس له دية الأصبع كما هو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية - وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها^(٢) .

ويقاس على ما سبق ما لو قطع أصبع رجل من مفصل ثم قطع أصبع آخر من مفصلين ثم قطع أصبع ثالث كلها . وذلك كله في أصبع واحدة كالسبابة مثلاً . فعند مالك تقطع السبابة لم جميعاً ولا شيء لم إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة بهم فيقطع الفصل الأول للأول ، والفصل الثاني للثاني والمفصل الثالث للثالث . وعند أبي حنيفة إن جاوزوا جميعاً يقطع المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى . ثم يخير صاحب المفصلين ، إن شاء استوفى حقه قصاصاً من المفصل الأوسط ولا شيء له من الأرض ، وإن شاء أخذ ثلثي دية أصبعه كاملة من مال القاطع ويسلك أبو حنيفة هذه الطريقة لأن حق كل واحد من المجني عليهم في مثل ما قطع منه ، فيجب إيفاء حقوقهم بقدر الأماكن وذلك في البداية بمالا يسقط حق بعضهم ، فالبداية بقطع المفصل الأعلى لا تسقط حق الآخرين في القصاص أصلاً لإمكان استيفاء حقيهما من النقصان ، ولكن البداية بالقصاص لصاحب الأصبع تسقط حق صاحب المفصل وصاحب المفصلين ، أما إذا جاوزوا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولاً قطعت له الأصبع ، فإذا جاء الآخران فلهما أرش ما قطع منهما ، وإن جاء صاحب المفصلين أولاً يقطع له المفصلان ، ولصاحب المفصل الأعلى

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٢ .

الأرشف ، ولصاحب الأصبع الخيار بين أن يقتص من المفصل الباقي ولا شيء له ، وإن شاء أخذ دية الأصبع . وإذا جاء صاحب المفصل أولاً ، فهو كالو جاوزوا معاً ^(١) .

أما الشافعى ولأحمد فعمدهما يقتص أولاً لمن جنى عليه أولاً ، فإن كان صاحب الأصبع هو الذى جنى عليه أولاً اقتص له وللآخرين الأرشف فيما قطع منها ، وإن قطع صاحب المفصلين أولاً اقتص له ولصاحب المفصل أرشف ما قطع منه ، وخير صاحب الأصبع بين أن يقتص فى المفصل الباقي ويأخذ أرشف مفصليه عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أو يقتص فقط ولا شيء كما يرى بعض فقهاء مذهب أحمد وبين أن يأخذ دية أصبعيه كاملة . وإذا قطع صاحب المفصل أولاً اقتص له ، فإذا كان صاحب الأصبع هو الثانى خير على الوجه السابق ، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين فى الدية ، وإن أخذ الدية ولم يقتص خير صاحب المفصلين بين أن يقتص من مفصل واحد على الوجه السابق وما فيه من خلاف وبين أخذ الدية ، وإن كان صاحب المفصلين هو الثانى فى القطع خير بين القصاص والدية ثم خير بعده صاحب الأصبع ^(٢) .

ويقاس على ما سبق قطع اليد اليمنى لشخص من المصمم وقطع نفس اليد لآخر من المرفق .

٣١٨ - تكرر أفعال الجاني: وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثانى منها ، فبرى مالك القصاص من المفصل الثانى إلا إذا كان الجاني يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد ^(٣) .

ويرى أبو حنيفة القصاص فى المفصل الأول ولا قصاص عنده فى المفصل الثانى وعليه أرشفه وكذلك الحكم عنده لو قطع أصبع رجل ثم قطع كفه بعد ذلك ، أو لو قطع الكف ثم قطع الساعد فعليه القصاص فيما قطعه أولاً فقط

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠١ .

(٢) المفتى ج ٩ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ - للذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - بدائع الصنائع ص ٣٠١ .

وحجة أبي حنيفة أنه حين القطع الأول كان هناك تماثل بين الجنى عليه والجانى أما فى القطع الثانى فلم يكن التماثل متحققا لأن الجنى عليه كان مقطوعاً والجانى سليماً . ولكن محمداً وأبا يوسف يفرقان بين ما إذا كان القطع الثانى قبل براء الأول أو بعد البرء ، فإن كانت قبل البرء فالفعلان جناية واحدة والقصاص من القطع الثانى . وإن كانت بعد البرء فهما جنايتان متفرقتان ويجب القصاص فى الأولى دون الثانية^(١) .

والقياس عند الشافعى وأحمد يؤدى إلى مثل رأى أبى يوسف ومحمد أما إذا كان القطع الثانى بعد القصاص من قطع المفصل الأول ، فالمائلة متوفرة والقصاص فى الثانى لاختلاف فيه .

وإذا قطع غيره المفصل الأعلى ، ثم جاء الجانى فقطع المفصل الثانى فلاقصاص فى المفصل الثانى اتفاقاً لانعدام المساواة بين أصبع القاطع الثانى والمقطوع^(٢) .

وإذا قطع الجانى نصف المفصل الأعلى ثم عاد فقطع النصف الثانى لهذا المفصل فإن كان القطع الثانى بعد براء الأول ، فهما جنايتان مستقلتان ولاقصاص فيهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد حيث لا قصاص عندهم فى غير مفصل ، أما عند مالك فعليه القصاص فى الجنايتين لأن القصاص فى العظام عنده واجب إذا كان ممكناً وغير مخوف ، وإذا كان القطع الثانى قد براء الأول فعند مالك القصاص من القطع الثانى فقط ما لم يكن الجانى قد قصد المثلّة فيقتص من القطعين ، وعند أبى حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثانى ، لأن الفعلين يعتبران جناية واحدة ، والقطع الثانى من مفصل ، وليس فى مذهب الشافعى وأحمد ما يخالف رأى أبى حنيفة^(٣) .

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقصص منه ثم إن أحدهما بعد ذلك

(١) بدائع الصنائع ٣٠١ .

(٢) بدائع الصنائع .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٣٠٢ .

قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا يرى أبو حنيفة القصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عنده يقتضى المساواة فى الأرض ، لأنه يسلك بما دون النفس مسلك الأموال ، وفى هذه الحالة لا يعرف التساوى ، لأن الذراع ليس له أرض مقدر ، ويخالفه أبو يوسف وزفر ويقولان بالقصاص للتساوى والمماثلة ، ولأن القطع من مفصل ^(١) .

وعند مالك والشافعى وأحمد القياس يقتضى القصاص ، لأنهم لا يسلكون بالأطراف مسلك الأموال ، ولا يشترطون التساوى فى الأرض .

٣١٩ - الترافل : معنى التداخل هو أن يدخل قصاص تحت آخر ويعتبر منفذاً بتنفيذ هذا الآخر ، فلو قطع الجانى يد رجل ثم قتله ، فبرى مالك أن القصاص فى الطرف يدخل فى القصاص فى النفس ؛ فلا يقتص فى الطرف اكتفاء بالقصاص فى النفس إلا إذا كان الجانى قد قطع بقصد المثلة فى هذه الحالة فقط يقتص من الطرف قبل القصاص من النفس ^(٢) .

ويرى أبو حنيفة والشافعى أن اليد لا تدخل فى النفس سواء كان القتل بعد برء القطع أو قبله ، وللولى الخيار إن شاء قطع يده ثم قتله وإن شاء اكتفى بالقتل ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن اليد تدخل فى النفس إذا كان القطع قبل البرء ، لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لاحكم لها مع الجناية على النفس ، بل بدخل ما دون النفس فى النفس ، أما إذا برىء القطع قبل القتل فلا تدخل اليد فى النفس لأن حكمها استقر قبل القتل ^(٣) .

وفى مذهب أحمد اتفاق على أن القطع إذا برىء قبل القتل فلا يدخل مادون النفس فى النفس ، أما إذا كان القتل قبل برء القطع فقد اختلفوا ، ففريق يرى

(١) نفس المرجع السابق .

(٢) الدردير ج ٤ ص ٢٣٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٥ .

دخول ما دون النفس في النفس وفريق يرى أنه لا يدخل .
وإن قطع يد رجل وقتل آخر ، فمذموم مالك يندرج الطرف في النفس ،
فيقتل فقط ولا تقطع يده .

وعند أبي حنيفة والشافعي وأحمد تقطع يده أولاً سواء تقدم القطع أو تأخر
لأن تقديم القتل يسقط من المقطوع ، وإذا تقدم القطع لم يسقط حق المقبول
والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقيين من غير نقص لم يحز إسقاط أحدهما ^(١)
وإذا كان أحد الفعلين عمداً والثاني خطأ فلا تداخل ، واعتبر كلا منهما بحكمه ،
سواء كان الثاني بعد برء الأول أو قبله ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، فلا يحتملان
التداخل ويعطى لكل جناية حكمها ، ففي العمدة القصاص ، وفي الخطأ الدية ^(٢) .
أما إذا كان الفعلان خطأ أو شبه عمد ، فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان القتل
بعد برء القطع أم قبله ، ويدخلون الأطراف في النفس إذا كان القتل قبل البرء
ولا يدخلون الأطراف في النفس إذا كان القتل بعد البرء ، فمن قطع يد شخص
ثم قتله قبل البرء أزم بدية واحدة ، ومن قطع شخصاً ثم قتله بعد برء القطع
أزم بأرش اليد ودية النفس ، ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي : أن
الطرف لا يدخل في النفس سواء كان القتل بعد البرء أو قبله ، لأن الجناية على
الطرف انقطعت سرائتها بالقتل ، فلا يسقط ضمانها كما لو اندملت . ولكنه رأى
مرجوح في المذهب ^(٣) .

وإذا تعدد الجناة فقطع أحدهم يده مثلاً والثاني رجله ثم قتله ثالث ، فلا
يدخل ما دون النفس في النفس كيفما كان بعد البرء أو قبله ، لأن التداخل
أساسه أن يكون الفاعل واحداً .

(١) المغني ص ٣٩٦ وتراجع ص ٣٨٦ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٣) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - المغني ج ٩ ص ٣٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٥ -

٣٢٠ - السراية : السراية هي أثر الجرح في النفس أو في عضو آخر ، فإن لم يؤثر الجرح على النفس أو عضو آخر غير محله فلا سراية ، وإذا سرى الجرح إلى النفس ، قيل إن هناك سراية النفس ، وهو ما نسميه إفشاء للموت . وإذا سرى إلى عضو آخر قيل إن الجرح سرى إلى عضو آخر ، والسراية إما أن تكون من فعل مأذون فيه أو مباح أو من فعل محرم .

٣٢١ - السراية إلى النفس من فعل محرم : إذا جنى على ما دون النفس فسرى إلى النفس فهو قاتل متعمد عليه القصاص إن كان متعمداً القتل ، لأنه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين أن الفعل وقع قتلا من حين وجوده ، وإذا لم يكن متعمداً القتل فلا قصاص ، لأن الفعل قتل شبه عمد ، ولا قصاص في شبه العمد

٣٢٢ - السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذوره فيه : هناك أفعال مأذون فيها وأفعال مباحة ، فلو أتى الإنسان فعلا من هذه الأفعال فسرى إلى النفس ، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان المأذون فيه أو المباح النفس وما دونها ، فإن كانت النفس مباحة كالمهتر دمها أو مأذونا في إتلافها كالحكموم عليه بالقتل قصاصا فلا عقوبة على الجرح إذا سرى إلى النفس ولا عقوبة عليه من باب أولى إذا لم يسر للنفس ، وهذا مسلم به من الجميع ، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا استحق شخص قتلا قصاصا على آخر ، فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فرأى مالك وأبي حنيفة أن العافي مسؤول عن قطع اليد ، ورأى الشافعي وأحمد ومعهما أبو يوسف ومحمد أن لا مسؤولية عليه وقد بينا أدلة الفريقين من قبل في العفو عن النفس .

أما إذا كان المباح أو المأذون فيه هو فيما دون النفس ، كقطع يد السارق أو قطع عضو من الجاني قصاصا أو تأديب الزوجة والإبن والتلميذ ، فقد اختلف نظر الفقهاء في مسؤولية الجاني ، وسنبين فيما يأتي تفصيل ذلك .

تسكلمنا فيما سبق على استعمال الحق وأداء الواجب فلا يفيد القول فيه ،
وبقى بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود .

٣٢٣ - سراية القود : إذا اقتض شخص من طرف الجاني فسرى القصاص

إلى نفس الجاني ومات فلا مسؤولية على المقتص عند مالك والشافعي وأحمد ، لأن السراية من فعل مأذون فيه ولا عقوبة عليه وما تولد عن المأذون فيه يعتبر مأذونا فيه ضمنا فلا عقاب عليه ، وبذلك قضى عمر وعلى رضى الله عنهما ، فعندهما أن من مات من حد أو قصاص لاديه له ، وشأن القصاص شأن الحد في السرقة ، فإنه قطع مستحق مقدر ، فإذا لم تضمن سرايته في السرقة فلا تضمن في القصاص .

ويرى أبو حنيفة أن من قطع طرف آخر قصاصا فمات من ذلك ضمن دينه لأنه استوفى غير حقه إذ حقه القطع . وهو قد أتى بالقتل ، لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد ، وكان القياس أنه يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرىء القصاص ووجبت الدية ، ويرى أبو حنيفة أن الأمر في إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة إلا أن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام ، لأن إقامة الحد واجب عليه ، والتحرز عن السراية ليس في وسعه ؛ فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة الحدود ، وفي تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام ، أما القطع قصاصا فليس بواجب على مستحق القصاص دائما لأنه حقه وهو حر بالخيار فيه ، إن شاء قطع وإن شاء عفا ، والأولى به العفو لأن الله قد ندب إليه ، فليس ثمة ضرورة توجب إسقاط الضمان . ويرى أبو يوسف ومحمد أن لاضمان على المقتص^(١) .

٣٢٤ - السراية إلى مادونه النفس : إذا كان الفعل مباحا أو مأذونا فيه

فسرى إلى مادون النفس ، كأن قطع أصبعًا قصاصًا فشلت اليد ، أو ضرب زوجته

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٣ - بدائع الصنائع ص ٣٠٥ - المهذب ج ٢ ص ٤٠٢

على ذراعها فآلتفه ، فالحكم هو ما ذكر في السراية إلى النفس على الاختلاف والوافق الذي ذكر من قبل .

أما إذا كان بالفعل غير مباح ولا مأذون فيه ، فيفرق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لعضو .

٣٢٥ — السراية لمعنى : إذا كان الاعتداء على طرف فسرى إلى طرف آخر فأذهب معناه مع بقاء الطرف الآخر سليماً فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان فعل الجاني يجوز فيه القصاص أو لا يجوز .

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لو شجّه موضحة فأذهب بصره ، فيرى مالك والشافعي وأحمد^(١) أن يقتص من الشجرة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجرة ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يذهب عولج علمياً بما يزيل الإبصار دون جنابة على الحدقة ، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية .

ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص في الشجرة ولا في البصر وفيهما الأرض ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في الموضحة والدية في الأبصار ، وهناك رواية أخرى عن محمد عن ابن سماعة في نوادره بأن القصاص يجب في الفعل والمعنى كلما أمكن القصاص في المعنى فإن لم يكن القصاص في المعنى ممكناً اقتص من الفعل فقط وفي المعنى الدية ، وحجته أن السراية تولدت من جنابة يقتص فيها إلى عضو يمكن فيه القصاص ، فوجب القصاص كما إذا سرى إلى النفس ، أما حجة أبي يوسف في عدم القصاص من المعنى بأن تلف المعنى حدث من طريق التسبب وليس بالسراية ، لأن الشجرة تبقى بعد ذهاب البصر . وحدث السراية يوجب تغيير الجنابة كالقطع إذا سرى إلى النفس ، فإنه لا يبقى قطعاً بل يعتبر قتلاً ، وهنا الشجرة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجنابة بالتسبب لا توجب القصاص^(٢) .

(١) مواهب الجليل ص ٢٤٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٢ - المعنى ج ٩ ص ٤٣٠

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٧ .

أما إذا كان ذهاب المعنى بإصابة لاقتصاص فيها فيقتص من المعنى دون الفعل بطريقة علمية لأنه لاقتصاص في الفعل ، فإن زال المعنى فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا أخذ أرش الفعل والمعنى . وهذا رأى مالك والشافعى وأحمد . أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون القصاص اتفاقاً مادام الفعل لا يقتص منه

٣٢٦ - السراية لمقصو: يختلف الحكم في السراية لعضو بحسب ما إذا

كانت الجنابة مما يقتص فيه أو مما لا يقتص فيه فإن كانت الجنابة مما لا يقتص فيه فلا قصاص في الجنابة ولا في سرايتها وفيهما الدية أو الأرش بانفاق . وإن كانت الجنابة مما لا يقتص فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فيرى مالك والشافعى أن القصاص في الجنابة فقط لا فيما سرت إليه فإن أدى القصاص إلى مثل ما أدت إليه الجنابة فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن لم يحصل في الجاني مثل ما حصل في المجنى عليه فدية ماسرت إليه الجنابة في مال الجاني فمثلاً إذا قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص في الأصبع فقط لأنه أتلفه بجنابة عمد ولا يجب في الكف لأنه يباشره بالإتلاف^(١) .

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجنابة كلما كانت السراية إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة مثل أن يقطع أصبعاً فتآكل أخرى وتسقط أو تتآكل الكف وتسقط فالأصبع الأخرى التي سرت إليها الجنابة والكف التي سرت إليها الجنابة كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك وحجة أحمد في ذلك :

أن ماوجب فيه القود بالجنابة يجب بالسراية كما هو الحال في النفس حيث يقتص من النفس في حالة السراية إليها إذا كان الفعل الأصلي الجرح أو القطع مما يجب فيه القصاص . فإذا سرت الجنابة إلى ما لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة فالقصاص في الجنابة دون السراية كن قطع أصبعاً فشلت الكف أو شل بجواره أصبع آخر فالشل لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة

(١) مهذب ج ٢ ص ١٩٤ - واهب الجليل ص ٢٤٨ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ .

فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل ^(١) .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الآخر لافصاص فيه فلا قصاص في العضو الأول أيضا فإذا قطع أصبعًا من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد لأن الموجود من القاطع قطع مثل للكف ولا يمكن الإتيان بمثله على وجه المائلة فيمتنع القصاص ^(٢) .

وفضلا عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمسال خصوصا عند اتحاد الحل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد .

وكذلك الحكم لو قطع مفصلا من أصبع فشل مابق أو شلت الكف فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك الباقي فليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة القصاص من الأصل لأن القطع جاء قطعاً مشلاً للكف والاستيفاء على وجه المائلة غير ممكن فيمتنع القصاص . ومثل ذلك مالوشجه فقتله فليس له أن يقتص منها موضحة ويترك الباقي (هذا جائز عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد) .

ويتفق أبو حنيفة فيما سبق مع أصحابه إلا أنهم اختلفوا في الحالات التي يمكن القول فيها بأن الحل متعدد لامتداد . فثلا إذا قطع أصبعًا فشلت إلى جنبها أخرى فأبو حنيفة لا يرى القصاص تطبيقاً للقاعدة التي سلفت ولأنه يرى أن الحل متعدد أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص في الأولى والأرش في الثانية لأن الحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد الحل حكماً وإن كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وهنا تعدد الأثر فيجمل فعلين ويفرد كل واحد منهما بحكمة ففي الأول القصاص وفي الثاني الدية .

(١) المرح الكبير ج ٩ من ٤٧٠ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وإذا قطع أصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القصاص في الأولى أى فيما قطع والدية فيما سقط . بل إن محمداً يرى من رواية ابن سماعه عن القصاص من الاثنين ، لأن القاعدة عند محمد طبقاً لهذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص إذا تولد عنها ما يمكن فيه القصاص وجب القصاص فيها جميعاً وهنا يمكن القصاص من محل السراية المتولد من الجناية .

وإذا قطع أصبعاً عمداً فسقطت معه الكف من المفصل فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن استيفاء المثل وهو القطع للسقط للكف متمذر ولأن الكف مع الأصبع عضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص لأنه لا يجتمع ضمانان مختلفان بجناية واحدة ويرى محمد القصاص للأسباب التي سبق بيانها ويرى أبو يوسف القصاص فتقطع يده من المفصل والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة عند أبي يوسف أن الأصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى محله كما تتحقق من اليد للنفس والأصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما للآخر فوجب القصاص من الأولى دون الثانية ^(١) .

سقوط القصاص

٣٢٧ - يسقط القصاص فيما دون النفس لثلاثة أسباب : هي : فوات محل القصاص - العفو - الصلح .

٣٢٨ - فوات محل القصاص : - محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المائل لمحل الجناية فإذا فات محل القصاص لأى سبب كمرض أو آفة أو باعتداء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص لأن محله انعدام ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله وإذا سقط القصاص لم يجب للجنى عليه شيء عند مالك أيا كان سبب السقوط لأن حق الجنى عليه في القصاص عينا فإذا سقط القصاص فقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧

سقط حق المجنى عليه وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عينا وللمجنى عليه عند مالك إذا ذهبت الجارحة ظلما أن يقتصر من قاطعها ظلما لأن حقه في القصاص ينتقل من المقطوع ظلما إلى قاطعه^(١).

ويرى أبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عينا يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلما، وبين قوائمه بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء وقصاص وفي الحالة الأولى لا يجب للمجنى عليه شيء. أما في الحالة الثانية فيجب له الدية بدلًا من القصاص لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ أو غيره^(٢).

وعند الشافعي وأحمد للمجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيًا كان سبب ذهاب محل القصاص لأن موجب العمد أحد شيئين غير عين القصاص فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا.

٣٢٩ - العفو : - العفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية وهو في الحالين إسقاط من جانب المجنى عليه لا يحتاج إلى رضا الجاني ويعتبر التنازل عن القصاص مجانا عافيا والتنازل عن القصاص على الدية عافيا أيضا لأن كليهما يسقط حقا دون مقابل ممن أسقط له الحق وهذا تطبيق لنظرية الشافعي وأحمد في أن موجب العمد هو أحد شيئين: القصاص أو الدية فمن تنازل عن القصاص مجانا فقد تنازل عن حق له ومن تنازل عن القصاص دون الدية فقد تنازل عن حق وتمسك بحق.

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا أما التنازل على الدية فليس عفوا عندهما؛ وإنما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضا الجاني بدفع الدية لأنهما يريان أن الواجب هو القصاص عينا.

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - ٢٩٨.

٣٣٠ — من يملك العفو؟ يملك حق العفو المجنى عليه البالغ العاقل ، فإذا لم يكن بالغاً أو عاقلاً مملكه وليه عند الشافعى وأحد ، أما عند مالك وأبى حنيفة فلا يملكه الولي ولا الوصى ، وإنما يملكه حق الصلح فقط ، وسلطة الولي عند الشافعى مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً .
أما المجنى عليه البالغ العاقل فله أن يعفو مجاناً أو يعفو على الدية .

٣٣١ — وإذا عفا المجنى عليه عن القصاص ، أو عفا وليه على الدية عند الشافعى وأحد فقد سقط القصاص بالعفو إذا برأ المجنى عليه من جراحه دون أن تسرى إلى عضو آخر . فإن سرت إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فمعا عنه ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبى حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح أو الجرح وما يحدث منه ، لأن العفو عن الجنابة عفو عما يحدث منها ، أما الشافعى وأحد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملاً للجنابة وما يحدث منها وفي هذه الحالة يصح العفو ، وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ، ففي هذه الحالة يكون الجاني مسؤولاً عن السراية . ولكن لا يقتص منه لأن القصاص في الأصبع سقط بالعفو ، ولا يجب في الكف لأنها تلفت بالسراية مما يمتنع القصاص فيه فإن كان العفو على الدية وجبت الدية في اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية أو الأرض فيما سرت الجنابة إليه فقط والظاهر أن هذا هو الحكم عند مالك^(١) .

الصلح

٣٣٢ — يجوز للمجنى عليه ولوليه ووصيه بأن كان غير بالغ أو غير عاقل الصلح على القصاص بمقابل قد يساوى الدية وقد يزيد عنها ، وليس للولي أو الوصى أن يصلح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٩ - المذهب ج ٢ ص ٢١٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ -
حواشي الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ - الدردير ص ٢٣٥ .

القصاص، ولكن المجنى عليه أن يرجع على الجاني بما نقص عن الدية، ويشترط مالك الرجوع أن يكون الجاني معسرا وقت الصلح .

وقد تكلمنا عن الصلح والفرق بينه وبين العفو ومن يملكه وشروطه وفصلنا الكلام في هذا كله بمناسبة الكلام على الصلح على القصاص في القتل العمد وما قلناه هناك ينطبق هنا فيراجع .

المقوبات الأصلية الثانية

التعزير

٣٣٣ - يرى مالك أن يعزر الجاني على مادون النفس عمداً سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح على أن يراعى في التعزير أن يختلف بحسب الأحوال فمن اقتص منه عزز بعقوبة مناسبة يراعى في تقديرها أنه عوقب بعقوبة القصاص ، ومن لم يقتص منه يعزر تعزيراً شديداً يردعه عن ارتكاب جريمته في المستقبل ويقرر مالك أنه يجب التعزير مع القصاص للردع والزجر ولتناهى الناس عن ارتكاب الجريمة وأن الجاني إذا كان اقتص منه بمثل ما فعل في المجنى عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه .

ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن لا تعزير مع القصاص لأن الله قال ﴿ والجروح قصاص ﴾ فجعل العقوبة القصاص دون غيره فمن فرض غيرها فقد زاد على النص وهذا ما يراه بعض الفقهاء في مذهب مالك ^(١) .

ويلوح أن الرأي الأخير أقرب إلى المنطق لأنه إذا كانت عقوبة القصاص تمجز عن ردع الجاني فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن ردعه وتهذيبه .

٣٣٤ - وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصلية فليس عندهم ما يمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية في حالة سقوط القصاص ، أو

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ - الدردير ج ٤ ص ٣٢٤ .

امتناعه لسبب من الأسباب إذا رأى أولياء الأمر ذلك . فيقضى بالتعزير سواء حلت الدية محل القصاص أو عفى عن الدية. أما تقدير عقوبة التعزير وبيان نوعها فهذا متروك للسلطة التشريعية المختصة بتختار نوع العقوبة وقدرها أو تترك للقاضي أن يختار العقوبة من بين العقوبات التعزيرية المحددة ، أو التي تحددها له .

المقوبات البدلية

أولاً - الدية

٣٣٥ - الدية هي : العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب الامتناع أو سقط لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية ما لم يعف الجاني عنها أيضاً .

٣٣٦ - والدية كعقوبة لما دون النفس تكون عقوبة بدلية إذا حلت محل القصاص . وهو عقوبة الجناية على ما دون النفس عداً وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمد لاعداً محضاً . وقد بينا من قبل أن الشافعي وأحمد يقولان بشبه العمد فيما دون النفس .

٣٣٧ - والدية سواء أكانت عقوبة أصلية أو تبعية بقصد منها إذا أطلقت الدية الكاملة وهي مائة من الإبل أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

٣٣٨ - والأرسة على نوعين : أرش مقدر وأرش غير مقدر ، فالأول هو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد والرجل ، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة .

٣٣٩ - وتجب الدية بتفويت مصلحة الجنس عن الكمال كإتلاف اليدين ففي إتلافهما تفويت لمنفعة الجنس على الكمال ، أما الأرش فيجب في تفويت

بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو أصبع واحدة ففي اليد الأرض وفي الأصبع الأرض .

٣٤٠ - ما يجب فيه البرية السطوة :

تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال وهي تفوت بإبادة كل الأعضاء التي من جنس واحد أو بإذهاب معانيها مع بقاء صورتها ، والأعضاء التي تجب فيها الدية أربعة أنواع : نوع لا نظير له في البدن ، ونوع في البدن منه اثنان ، ونوع في البدن منه أربعة ، ونوع في البدن منه عشرة وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأعضاء التي تدخل تحت هذه الأنواع ولكنه اختلف محدود ، وسنذكر ما اتفق عليه وما اختلف فيه ، وسنبين فيما بعد وجوه الاختلاف :
النوع الأول : ما لا نظير له في البدن ويدخل تحته الأعضاء الآتية :

الأنف ، اللسان ، الذكر ، الصلب ، مسلك البول ، مسلك الفائط ، الجلد ، شعر الرأس ، شعر اللحية .

النوع الثاني : الأعضاء التي في البدن منها اثنان وهي :

اليدين ، الرجلان ، العينان ، الأذنان ، الشفتان ، الحاجبان ، الثديان ، الأثنيان ، الشفران ، الإليتان ، اللحيان .

النوع الثالث :

ما في البدن منه أربعة وهو :

أشعار العينين - أى منابت الأهداب - الأهداب نفسها وهي الأشعار .

النوع الرابع :

ما في البدن منه عشرة وهو :

أصابع اليدين - أصابع الرجلين .

٣٤١ - والماعنى تجب في ذهابها الدية الكاملة ومثلها العقل والبصر والشم

والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشى والبطش والكلام ، وسنقلم عن

المعاني بعد الكلام عن الأعضاء فنستوفي الكلام عن إبانة الأعضاء ثم نتكلم
عن إذهب المعاني .

٣٤٢ - الأنف : تجب الدية في مارن الأنف وهو ما لان من الأنف ،
لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « في الأنف إذا أوعب
مارنه جدعاً الدية » ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة والأخشم كالأشم
في وجوب الدية لأن عدم الشم نقص في خير الأنف فلا يؤثر في دية الأنف
وقطع جزء من الأنف فيه من الدية بقدره فإن قطع نصف الأنف أو ثلثه فعليه
نصف الدية أو ثلثها .

وإن قطع المارن وقصبة الأنف فيرى الشافعي ورأيه وجه في مذهب
أحمد أن على الجاني الدية في المارن وحكومة في القصبة ويرى مالك وأبو حنيفة
ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن على الجاني الدية فقط لأن المارن والقصبة عضو
واحد إلا إذا قطع المارن فبرىء ثم قطع بعد البرىء القصبة ففيها حينئذ حكومة^(١) .

٣٤٣ - اللسان : تجب الدية في اللسان لقوله عليه السلام في كتاب عمرو
ابن حزم : « وفي اللسان الدية » ولأن فيه جمالا ومنفعة والدية تجب في اللسان
الناطق فإن جنى على لسانه فخرس وجبت عليه الدية كاملة ولو بقي اللسان لأنه
أتلف المنفعة المقصودة وإن قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه وجبت من
الدية بقدر ما ذهب من الكلام فإن ذهب بنصف الكلام وجب نصفها
وإن ذهب أقل من ذلك أو أكثر وجب بقدره . وإن ذهب نطق بعض الحروف
وجب له ما يقابلها من الدية .

وفي لسان الأخرس حكومة عند مالك وأبي حنيفة ، أما الشافعي فيفرق
بين ما إذا كانت الجناية أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه ، فإن كانت أذهبت
ففي اللسان الدية ، وإن كانت لم تذهبه ففي اللسان حكومة ، وفي مذهب أحمد

(١) مذهب ج ٢ ص ٢١٦ - مفتي ج ٩ ص ٥٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

من يرى أن الدية لا تجب في لسان الأخرس إطلاقاً ، ومنهم من يفرق بين ما إذا كانت الجنابة أذهبت الذوق أم لا . فإن لم يكن الذوق أذهب فرأى يرى حكومة ورأى يرى ثلث الدية^(١) . وفي لسان الطفل الذي لم ينطق بعد الدية عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى فيه حكومة .

٣٤٤ - الذكر : تجب في الذكر الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : « في الذكر الدية » . ولأنه عضو لا نظير له في البدن في الجمال والمنفعة فكلت فيه الدية كالأنف واللسان وفي شلل الذكر دية لأن الشلل يذهب بنفعه ، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب وفي قطع الحشفة وحدها الدية ، لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع ، وفي قطع بعض الحشفة بعض الدية بنسبة ما قطع إلى الحشفة على رأى ، ونسبة ما قطع إلى كل الذكر على رأى آخر ، وفي ذكر الخصى والعنين الدية عند الشافعي وهو وجه في مذهب مالك ، ومذهب أحمد ، العضو سليم في نفسه والممانع من الجماع راجع لغيره . ويرى أبو حنيفة أن في ذكر الخصى والعنين حكومة لأن العبرة عنده بالقدرة على الإيلاج وهذا وجه في مذهب مالك ، أما الوجه الثاني فذهب أحمد لا يرى في ذكر العنين والخصى حكومة وإنما يرى في كل منهما ثلث الدية^(٢) ، وفي عسيب الذكر أى الذكر دون الحشفة الحكومة بإجماع .

٣٤٥ - الصلب : وتجب في الصلب الدية ، لما روى الزهري عن سعيد ابن المسيب أنه قال : « قضت السنة أن في الصلب الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأنثيين الدية » ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإذا

(١) مواهب الجليل ص ٦ ٢٦٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ - المذهب ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها - المفتى ج ٩ ص ٦٠٤ وما بعدها .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ المذهب ج ٢ ص ٢٢٢ - المفتى ج ٩ ص ٦٢٧ .

كسر الصلب فلم ينجز الكسر ففيه الدية على رأى فى مذهب أحمد وعلى الرأى الآخر الذى يتفق مع آراء باقى الفقهاء فيه حكومة ما دام ما يعطل منفعة المشى أو الجماع فإن ذهبت بالكسر منفعة المشى والجماع ففيه الدية وإن أهدوذب الظهر ولم تذهب منفعة ما ففيه حكومة وإن ذهب المشى والجماع معاً ففريق يرى فىهما دية واحدة وفريق يرى فىهما ديتين^(١).

٣٤٦ - مسلك البول ومسلك الفائط : إذا أتلّف مسلك البول فلم يعد يستمسك البول أو أتلّف مسلك الفائط فلم يعد يستمسك الفائط فى كل واحد منهما الدية لأن كل واحد من هذين الحليّن عضو فى منفعة كبيرة وليست فى البدن مثله ، فوجب فى تقويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء التى لا نظير لها فى البدن فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الفائط منفعة مثلها ؛ والنفع بهما كثير والضرر بغيرهما عظيم فكان فى كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وإن فأت المنفعتان بحناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بحناية واحدة وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولكن فى مذهب مالك رأياً بأن فى كل من المسلكين حكومة^(٢).

٣٤٧ - الجلد : يرى الشافعى أن الدية تجب فى الجلد إن سلخ جميعه ، ويندر أن يعيش إنسان يسلخ كل جلده ، ويرى مالك أن الدية تجب فى الجلد إذا فعل الجانى فعلاً جزمه أو برصه أو سوده ، ولا يشترط أن يعم التجزيم أو التبريص أو التسويد كل الجلد ، كذلك يوجب مالك الدية فى جلد الرأس .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٢ المفى ج ٩ ص ٦٢٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - مذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - المفى ج ٩ ص ٦٣٣ .

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية في الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة في هذه الحالات^(١).

٣٤٨ - شعر الرأس وسر اللحية والحاجبين : يرى أبو حنيفة أن الدية تجب في إزالة شعر الرأس للرجل والمرأة وفي إزالة اللحية سواء كان ذلك بطريق الضرب فسقط الشعر ، أو بطريق الحلق أو النتف ؛ ويشترط ألا ينبت الشعر وحجته أن الشعر للرجال والنساء جمال وفي إزالته وعدم إنباته تفويت للمنفعة على الكمال ، وفي اللحية وحدها الدية ، وفي شعر الرأس الدية ، وما عدا ذلك من الشعور كشعر الشارب والحاجبين ففيه حكومة .

ويرى أحمد ما يراه أبو حنيفة ، ولكنه يزيد عليه أنه يحمل الدية أيضاً في شعر الحاجبين ويشترط كأبي حنيفة عدم الإنبات^(٢).

أما مالك والشافعي فلا يجب عندهما في إتلاف الشعور إلا الحكومة لأنه إتلاف جمال دون منفعة ، والدية لا تجب إلا في ما كان له منفعة^(٣).

٣٤٩ - البرامه : تجب الدية في اليدين لما روى معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « في اليدين الدية » ويجب في إحدى اليدين نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم حين أمره على نجران : « في اليد خمسون من الإبل » واختلفوا في معنى اليد فرأى البعض أن لفظ اليد يطلق على كل الذراع إلى المنكب ، ورأى البعض أنه يطلق على الكف فقط . وترتب على هذا الخلاف أنهم اختلفوا في قطع اليد من بعدم فصل الكف كالقطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من المضد أو من المنكب ، فمن رأى أن اليد هي الكف قال في اليد نصف الدية وفيما زاد عن الكف حكومة ، وقال بهذا أغلب الفقهاء في مذهب

(١) الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٤ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٩٧ (٣) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - والبحر الرائق

ص ٣٣١ ، المذهب ص ٢٢٤ - المغني ص ٥٩٧ - مواهب الجليل ص ٢٤٧ - الدردير

الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وقال به أبو حنيفة ومحمد ومن رأى أن اليد اسم للجميع حتى المنكب ، قال بأن في الكف ومازاد عليها نصف الدية ، لأن مازاد على الكف كله معتبر يداً وقد أخذ بهذا الرأي مالك ومعظم الفقهاء في مذهب أحمد وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأبو يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة ومن المتفق عليه عند الجميع أن الحكومة في قطع الساعد الذي لا كف فيه والخلاف منحصر في حالة قطعهما معاً .

ويجب في كل أصبع عشر الدية ، لما روى أن رسول الله كتب إلى أهل اليمن بأن في كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل ولا يفضل أصبع على أصبع لما روى عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله قال : «الأصابع كلها سواء عشر عشر من الإبل» ولأنه جنس ذو عدد تجب الدية فيه فتقسم على أعداده وفي كل أتملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع وفي كل أتملة من الإبهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الأصبع على عدد أتماله وإن جنى على يده فشلت أو على أصبع فشلت أو على أتملة فشلت وجب بشلها ما يجب في قطعها لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب في إتلاف منفعتها ماوجب في إتلافها . وإن قطع يداً شلاء أو أصبعاً شلاء أو أتملة شلاء وجبت فيها الحكومة . لأنه إتلاف جمال من غير منفعة^(١) وفي مذهب أحمد رأى بأن فيها ثلث الدية .

٣٥٠ - المرجع : يجب في الرجلين الدية لما رواه معاذ عن رسول الله

أنه قال : « في الرجلين الدية » وفي أحد الرجلين نصف الدية لما رواه عمرو ابن حزم أن رسول الله قال : « في الرجل نصف الدية » وفي الرجل نفس الخلاف الذي في اليد فالبعض يرى أن لفظ الرجل يشمل القدم حتى نهاية الفخذ

(١) البحر الرائق ص ٣٢٢ - ٣٢٦ - مذهب ج ٢ ص ٢٢١ مفتى ج ٩ ص ٦٢٠

شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

والبعض يرى أنه يطلق على القدم فقط وترتب على هذا الخلاف نفس ما ذكرناه في اليدين .

ويجب في كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية ويجب في كل أظفلة غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفي كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع لما ذكر في اليد .
وتجب الدية في قدم الأعرج ويد الأعمس إن كانتا سليمتين لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس ينقص فيه القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس ينقص في الكف فلا يمنع هذا كمال الدية في القدم والكف^(١) .

٣٥١ — العينية : تجب الدية في العينين لقوله عليه السلام من كتاب كتبه لعمر بن حزم : «في العين خمسون من الإبل» فأوجب في كل عين خمسين فدل على أنه يجب في العينين مائة وعين الأعور فيها نصف الدية عند أبي حنيفة والشافعي وفيها الدية كاملة عند مالك وأحمد .

وتجب الدية بقطع العينين وبفقهما ، كما تجب بذهاب الأبصار مع بقاء العينين فأثبتن ٣٥٢ — الأذنان : - تجب الدية في الأذنين وفي أحدهما نصف الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم : «في الأذن خمسون من الإبل» فأوجب في الأذن خمسين فدل على أنه يجب في الأذنين الدية كاملة وهي مائة من الإبل ولأن في الأذنين جمالا ظاهرا ومنفعة مقصودة وهي أنها تجمع الصوت . وإن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه الدية بقسطه لأن ما وجبت الدية في كله وجبت في بعضه بقسطه كالأصابع .

وفي قطع الأذنين الدية ولو بقي السمع سليما وهذا ما يراه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وبعض فقهاء مذهب مالك وحجتهم أن الأذنين فيهما منفعة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٤ - مهذب ج ٢ ص ٢٢١ مغني ج ٩ ص ٦٣٠ - شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ - بدائع ج ٧ ص ٢١٤ البحر الرائق ص ٣٣١ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - مغني ج ٩ ص ٥٨٥ - شرح الدردير ص ٢٤٢

مقصودة هي أنها تجمع الصوت ولكن بعض فقهاء مذهب مالك يرى في قطع الأذنين مع بقاء السمع سليماً حكومة لأن الأذنين في رأيهم ليس فيها منفعة وإنما فيها جمال فقط وليس في الجمال إلا الحكومة^(١).

٣٥٣ — الشفتان: تجب الدية في الشفتين لما روى أن رسول الله كتب في كتاب عمرو بن حزم: «في الشفتين الدية» ولأن فيهما جمالا ظاهرا أو منافع كثيرة ويجب في إحداها نصف الدية لأن كل شفتين وجب فيهما الدية وجب في إحداها نصف الدية كالعينين والأذنين، وإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره. فإن جنى عليهما فشاتا وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما وإن تقلصتا شيئا مع بقاء منفعتهما ففيهما حكومة^(٢).

٣٥٤ — الحاجبان: يرى أبو حنيفة وأحمد أن في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية إذا أزيل الشعر بحيث لا يثبت ويرى مالك والشافعي أن في إزالة شعر الحاجبين الحكومة فقط لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلا تجب فيه الدية أما أبو حنيفة وأحمد فيريان أنه جمال مقصود لذاته والمنفعة ثابتة له ففيه الدية^(٣).

٣٥٥ — الشربان والحلمتان: تجب الدية في ندي المرأة لأن فيهما جمالا ومنفعة وتجب في إحداها نصف الدية وتجب الدية أيضاً كاملة في الحلمتين إذا قطعاً دون الثديين وفي أحدهما نصف الدية لأن في الحلمتين منفعة الثديين ويشترط مالك لوجوب الدية في الحلمتين أن ينقطع اللبن أو يفسد، فإن لم يتوفر هذا الشرط ففي الحلمتين حكومة أما باقي الأئمة فلا يشترطون هذا الشرط ويرون الدية في الحلمتين مطلقاً.

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ — بدائع الصنائع ص ٣١٤ — المهذب ج ٢ ص ٢١٦
مفني ج ٩ ص ٥٩٣.

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ — بدائع الصنائع ص ٢١٤ — مهذب ج ٢ ص ٢١٧
مفني ج ٩ ص ٦٠٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ — مفني ج ٩ ص ٥٩٧ — مهذب ج ٢ ص ٢٢٤
مواهب ج ٦ ص ٢٤٧.

أما ثانياً الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعي لأن في ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة وفي مذهب الشافعي من يرى في ثديي الرجل وحلتيه الدية ، ولكن هذا الرأي ليس المذهب ، ولكنه يتفق مع مذهب أحمد فهو يرى أن في ثديي الرجل وحلتيه الدية وحجته أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل ولأنهما عضوان يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما . ويرى أبو حنيفة أن في ثديي الرجل وحلتيه حكومة وقد بنى رأيه على أن ثديي الرجل وحلتيه ليس فيهما جمال ولا منفعة^(١) .

٣٥٦ — الرُّنَيَاة : تجب الدية في الأثنيين لما روى أن في كتاب الرسول لعمر بن حزم : « وفي البيضتين الدية » ولأن فيها جمالا ومنفعة فإن النسل يكون بهما وهما وكاء المشى وفي كل واحدة منهما نصف الدية لأن وجوب الدية في شيتين يوجب نصفها في أحدهما وإن أشل الأثنيين فعليه الدية كاملة حيث أذهب منفعتهما فإن قطعهما لم تجب فيهما إلا لادية واحدة ويرى أبو حنيفة ومن يقول من فقهاء مذهبي مالك وأحمد بأن ذكر الخصى والعنين فيه حكومه ، ويرى هؤلاء جميعاً أنه إذا قطع الأثنيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان ، دية للأثنيين ودية للذكر وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأثنيين ، أما إذا قطع الأثنيان قبل الذكر ففي الأثنيين الدية وفي الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأثنيين ذكر خصى وذكر الخصى فيه حكومة ، أما القائلون بأن ذكر الخصى والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبي مالك وأحمد فيوجبون في قطع الذكر والأثنيين ديتان سواء قطعت الأثنيين قبل الذكر أم بعده^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٩ ، ٣٢٣ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - المفتي ج ٩ ص ٦٢٣ .
(٢) المفتي ج ٩ ص ٦٢٨ ، ٦٢٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

٣٥٧ - الشفران : الشفران أو الأسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالنم وفي الشفرين دية كاملة إذا قطعاً حتى ظهر العظم وفي أحدهما نصفها لأن فيها جمالا ومنفعة في المباشرة وليس في البدن غيرها من نوعهما ^(١) فإن جنى عليهما حتى أشلهما ففيهما الدية لأنه أزال المنفعة كما لو أنه قطعهما .

٣٥٨ - الإلتيان : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الدية تجب في الإلتيان وأن نصف الدية يجب في الإلية الواحدة لأنهما عضوان من جنس واحد ليس في البدن نظيرهما ولأن فيهما جمالا ظاهراً ومنفعة كاملة . والإلتيان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذي تحتهما وفي ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه كله وجب في بعضه بقدره فإن جهل مقدار البعض وجبت حكومة لأنه نقص تعذر تقديره .

ويرى بعض فقهاء مذهب مالك أن في الإلتيان حكومة فقط سواء أخذتا إلى العظم الذي تحتهما أو ذهب بعضهما ^(٢) ويرى البعض الآخر أن فيهما الدية .

٣٥٩ - اللحيان : ويرى الشافعي وأحمد أن في اللحيين الدية وهما العظام اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعاً وجمالاً وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيان في أحدهما نصف الدية وإن قلنا بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان في ديتهما ^(٣) .

٦٠ - أسفار العينين : - تجب الدية في أسفار العينين أى جفونهما عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأن فيهما جمالا ظاهراً ونفعاً كاملاً وهى أربعة ليس

(١) المغنى ج ٩ ص ٦٣٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٦٢٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ المدونة ج ١٦ ص ١١٣ - مواهب الجليل ص ٢٦٢ . (٣) المغنى ج ٩ ص ٦١٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٠ .

مثلها في البدن فتجب ربع الدية في كل واحد منها - ويرى مالك أن في الأشعار الاجتهاد أى الحكومة لأنه لم يرد نص ^(١) بأن فيها شيئاً مقدراً والتقدير لا بد فيه من نص ولا يثبت بالقياس كما يرى بقية الأئمة .

٣٦١ - أهداب العينين : - يرى أبو حنيفة وأحمد أن في أهداب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالا ظاهراً أو نفعاً كاملاً وفي ربع كل واحد منهما الدية - لكن إذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة لأن الأهداب تابعة للأجفان كحلمة الثدي مع الثدي والأصابع مع الكف . ويرى مالك والشافعي أن في الأهداب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه وإذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففي مذهب الشافعي رأيان رأى : يرى أن لا شيء في الأهداب لأنها شعر نابت في العضو المتلف وهو الجفنين ورأى يرى أن في الجفنين الدية وفي المذهب الحكومة لأن فيه جمالا ^(٢) .

٣٦٢ - أصابع اليدين وأصابع الرجلين : - تكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلا داعي لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكر هناك الكفاية ٣٦٣ - الوضوء : يجب في كل سن خمس من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم : « في السن خمس من الإبل » ولما رواه عمرو بن شعيب عن الرسول : « في الأسنان خمس خمس » ويستوى السن بالناب والناجب بالضررس فأرثها سواء لما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضررس سواء هذه وهذه سواء » .

ويجب الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت

(١) مفتي ج ٩ ص ٥٩٢ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣٢٤ ، ٣١١

مواهب ج ٦ ص ٢٤٧ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣٤٤ - مهذب ج ٢

ص ٢١٩ مفتي ج ٩ ص ٥٩٣ .

منه لم يعد بدلها ، فأما سن الصبي الذي لم يشتر فلا يجب بقلعها في الحال شيء لأن العادة عود سنه فإن مضت مدة يئأس من عودها وجب أرشها وإذا عادت لم يجب فيها أرش ، ولكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ، وإن عادت خارجة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها الدية وإن كان ينتفع بها ففيها حكومة .

وإن قلع سن من أثغر وجبت ديتها في الحال فإن عادت لم تجب الدية وعليه ردها وإن كان قد أخذها ، وهذا رأى أبى حنيفة وأحمد - ويرى مالك أنه لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لا تعود فإن عادت فهي هبة مجردة - وفي مذهب الشافعي يأخذ البعض رأى مالك والبعض بالرأى المضاد .

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنا وما في اللثة يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن أرشها وفي السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعت السن بسنخها لم يجب فيها أكثر من الأرش ، وإن كسر بعض السن ففيه من أرشه بقدر ما كسر .

وإن قلع سناً مضطربة لكسر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام وجب أرشها وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقي بعضها في رأى أحمد ، أما مذهب الشافعي ففيه رأيان : رأى يرى الأرش ورأى يرى أن مقدار النقص يحل قدره فيكون فيها الحكومة ، أما إذا ذهبت منافعها كلها ففيها حكومة أو ثلث ديتها على رأى في مذهب أحمد .

وإن قلع سناً فيها داء أو أكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شيء سقط من أرشها بقدر الذاهب ووجب الباقي .

وإن جنى عليه فتغير لون السن إلى السواد أو الخضرة أو الحمرة أو الصفرة ففي مذهب مالك فيها الأرش إن كان التغير إلى الخضرة والحمرة والصفرة يساوي

التغير إلى السواد وإلا فحكومة ، ومذهب أبي حنيفة فيها الأرض إذا كانت الصفرة بمنزلة السواد ، وعند الشافعي يجب فيها حكومة في جميع الحالات في رأى ، وفي رأى يجب الدية في السواد إذا زالت المنفعة وإلا فحكومة ، وهذا أحد الرأيين في مذهب أحمد ، والرأى الثانى فى التسويد الدية^(١) .

وإذا جنى على أسنانه كلها دفعة واحدة ففيها مائة وستون من الإبل بحساب كل سن خمس من الإبل وهذا رأى مالك وأبي حنيفة وأحمد . ولو أن هذا المقدار يزيد عن دية كاملة لأن النص جعل أرش كل سن خمساً من الإبل ، وفي مذهب الشافعي رأيان : أحدهما : يأخذ بما يراه الأئمة الثلاثة وهو الرأى الراجح وحجته أن ما ضمن على انفراد لا ينقص ضمانه بانضمام غيره إليه ، وثانيهما أنه لا يجب في الأسنان كلها إذا قلمت دفعة واحدة إلا الدية واحدة لأنه جنس ذو عدد فلا يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين .

إذهاب المعاني

٣٦٤ - القاعدة أن العضو إذا ذهب بمنفعته لم تجب فيه إلا دية واحدة كالعينين إذا قلعتا فذهب ضوءهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة هي دية العينين لأن الضوء فيهما وهما محل . ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت بنفعها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهي دية العضو لا المنفعة لأن نفعها فيها فدخلت ديتها وذهبها ولأن منافعها تابعة لما تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة .

أمّا إذا بقى العضو وذهبت منفعته فتجب الدية في المنفعة الذاهبة ، فن ضرب إنساناً على رأسه فأذهب بصره أو سمعه وجبت عليه دية البصر أو السمع . والمنافع كثيرة ، منها ما هو حاسة كالسمع والبصر والشم والذوق واللمس ومنها ما هو معنى كاللشى والبطش والعقل والنطق وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعانى التى تجب فيها الدية كما سيدين لنا فيما بعد .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - بدائع الصنائع ص ٣١٠ - مذهب ج ٢ ص ٢١٩

مفتى ج ٩ ص ٦١١ .

٣٦٥ - ١ - السمع : في السمع الدية لما روى معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في السمع الدية » ولما روى عن أبي قلابة أن رجلا رمى آخر بمحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حتى وإن أذهب السمع في إحدى الأذنين وجبت نصف الدية ، وإن قطع الأذنين فذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع في غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما في الآخر ، إلا أن بعض فقهاء مذهب مالك يرون في السمع دية وفي الأذنين حكومة لأنهم يرون من الأصل أن الأذنين ليس فيهما إلا الحكومه^(١).

٣٦٦ - ٢ - البصر : وفي البصر الدية لأنه منفعة العينين ، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما ، وفي ذهاب إبطار العين الواحدة نصف الدية ، وليس في إذهاب العينين بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين لأن العينين هما محل البصر^(٢).

٣٦٧ - ٣ - الشم : وفي الشم الدية لقوله عليه السلام في كتاب عمرو ابن حزم : « في المشام الدية » وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العين والنطق مع الشفتين^(٣) وإن جنى عليه فذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب في إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين .

٣٦٨ - ٤ - الذوق : يرى مالك وأبو حنيفة أن في الذوق الدية وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى في الذوق الدية ، والثاني لا يرى فيه الدية ، وتجب الدية إذا ذهبت

(١) المغني ج ٩ ص ٥٩٥ - المهذب ج ٢ ص ٢١٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها ، شرح الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ - المهذب ج ٢ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

حاسة الذوق تماماً، فإن ذهب بعضها دون بعض وجب من الدية بقدر ما ذهب فقط (١)

٣٦٩ - ٥ - الكلام : تجب الدية في الكلام - فإذا جنى عليه نخرس وجبت الدية كاملة وإن فقد بعض الكلام دون بعض وجب من الدية بقدر ما نقص (٢) وإذا قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ففيها جميعاً دية واحدة ، لأن دية الكلام والذوق تدخل في دية اللسان أما إذا جنى عليه فأذهب كلامه وذوقه مع بقاء اللسان ففيها ديتان مع مراعاة ما ذكرنا من اختلاف عند الكلام عن الذوق .

٣٧٠ - ٦ - العقل : تجب الدية في ذهاب العقل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم «في العقل الدية» ولما كان العقل من أكبر المعاني قدراً وأعظم أثراً من جميع الحواس ، وبه يتميز الإنسان من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويمتد به إلى مصالحه ويتق ما يضره ويدخل في التكليف ، فقد رأى بعض الفقهاء أن يعطى العقل حكم النفس كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في رأيه القديم وإن ذهب العقل بجناية لا توجب أرشاً كاللاطمة أو التخويف ونحوها ففيه الدية لا غير وإن أذهب به جناية لها أرش مقدر كالموضحة ، أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح أو الطرف عند مالك والشافعي طبقاً لرأيه الجديد وهو المذهب وكذلك عند أحمد ، أما أبو حنيفة فيرى كما يرى الشافعي قديماً والرأي الأخير في مذهب مالك أن يدخل أرش الجرح أو الطرف في دية العقل ، لأن الواجب في العقل دية النفس ، والعقل يقوم مقام النفس من حيث المعنى ، لأن جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى ، ولا شك أنه إذا أذنت الشجرة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجرة والطرف في دية النفس ، فمكذا تدخل في دية العقل ، على أن زفر والحسن بن زياد لا يريان التداخل . وإن جنى

(١) الفرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - المهذب ج ٢ ص ٢١٩ بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) المفتي ص ٦٠٤ وما بعدها - الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ ، ٦٠٤ - المهذب ج ٣ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح مع مراعاة الخلاف السابق في مذهب أبي حنيفة ، ومع مراعاة أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بالتدخل مع العقل فقط دون غيره من المعاني ، أما أبو يوسف فيقول بالتدخل مع كل المعاني الباطنة كالعقل والشم والكلام والجماع والذوق ، أما البصر فلا لأنه معنى ظاهر ، ومن القضايا المشهورة في عهد عمر أن رجلا رمى آخر بحجر فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه ، فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حيّ لكن إذا مات المجنى عليه من الجنابة لم تجب لإلدية واحدة ، لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء^(١) .

٣٧١ - المشى والجماع : إذا ذهب المشى أو القدرة على الجماع ففي كل منهما الدية كاملة ، والمعروف أن الصلب يؤثر على هذين المعنيين ، فإذا كسر صلبه وأبطل جماعه فعليه ديتان لإلدية واحدة كما هو رأى مالك حيث لا يرى اندراج دية الصلب فيه ، وقياساً على هذا إذا أبطل صلبه فأبطل جماعه ومشيه وجبت عليه ثلاث ديات ، فإذا لم يبطل صلبه فعليه ديتان ، وعلّة عدم الاندراج أن الصلب ليس هو محل المنفعة فعوض المشى الأقدام وعضو الجماع الذكر .

وفي مذهب الشافعي وأحمد رأيان : رأى يرى أن في ذهاب المشى والجماع ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان ، ورأى يرى أن فيهما دية واحدة لأنهما منفعة عضو واحد كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه ، وقياس مذهب أبي حنيفة أن يكون فيهما دية واحدة^(٢) .

٣٧٢ - الصعر - وتجب الدية في الصعر ، وهو أن يضر به مثلاً فيصير

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ وما بعدها - مهذب ج ٨ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، شرح الدردير ٢٤٣ .

الوجه إلى جانب ، وأصل الصعر دام يأخذ البعير فيلتوى منه عنقه ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَصْعَرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ ﴾ أى لاتعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جنافية تعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب ، فيرى أبوحنيفة وأحمد أن فيه الدية ، ويرى الشافعى فى الصعر الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة وهو قياس مذهب مالك ^(١) .

٣٧٣ - معانى أضرى : ويرى أبوحنيفة الدية فى البطش والإيلاد ، وظاهر مذهبه أن كل معنى يفوت تجب فيه الدية ^(٢) .

أما عند مالك فيحدد بعض الشراح المعانى بعشر وهى : العقل - والسمع والبصر - والشم - والنطق - والصوت - والذوق - وقوة الجماع والنسل - وتغيير لون الجلد ببرص أو تسويد أو تجذيم ، وإتقيام والجلوس ^(٣) .

ولكن بعض الشراح لا يرى مانعاً من القياس على هذه العشر ويضيف إليها اللامس ويرى أحمد أن فى تسويد الوجه الدية ^(٤) وفى ذهاب القدرة على الأكل الدية ^(٥) بينما يرى الشافعى فى تسويد الوجه حكومة جبرياً على قاعدته التى لاتوجب الدية إلا فى زوال منفعة .

ويرى الشافعى وجوب الدية فى إبطال الكلام وفى إبطال الصوت وفى إبطال قوة المضغ وفى إبطال قوة الإماء وقوة الحبلى والإحبال وإذهاب لذة الجماع ولذة الطعام ^(٦) .

والظاهر من مذهب الشافعى وأحمد أن المعانى التى تجب فيها الدية ليست

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٨ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٦ ، ٣١١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٠ - شرح الدردير ص ٢٤١ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، (٥) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .

(٦) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .

محددة على وجه التعيين ، فاذكر في الكتب أمثلة على المعاني التي تذهب وفيها الدية .
٣٧٤ - ويجب أن نلاحظ في هذا المقام الفرق الظاهر بين اتجاه مالك والشافعي من ناحية في تعيين المعاني التي تجب فيها الدية وبين اتجاه أبي حنيفة وأحمد ، فالأولان لا يجعلان في المعنى دية إلا إذا كان في فوات المعنى فوات منفعة أما الأخيران فيجعلان في المعنى دية إذا كان في فوات المعنى فوات الجمل ولو لم يكن قد فانت به منفعة .

٣٧٥ - ما يجب في فوات بعض المعنى : - القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فأت المعنى كله وجبت فيه الدية ، فإن فأت بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة ما فأت ، هذا إذا كان التبعيض معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى أو كان الذاهب يمكن التقدير ، أما إذا كان الغائب لا يمكن معرفة قدره فيرى الشافعي وأحمد أن فيه حكومة وهذا هو قياس مذهب أبي حنيفة ، أما مالك فيرى أن يقابل النقص بما يناسبه من الدية في كل حال ، وفي حالة تعذر التقدير الدقيق يقدر الناقص بأدنى ما يمكن وأكثر ما يمكن ، وفي العمد يلزم التعمد بالأكثر لأنه ظالم ، والظالم أحق بأن يحمل عليه ، وفي الخطأ يلزم الخطأ بأقل ما يمكن^(١) .

ما يجب فيه أرش مقدر

٣٦٧ - يجب الأرش المقدر في الأطراف وفي الشجاج والجراح .

الأطراف التي أرسه مقدر : - شمل كلامنا عما تجب فيه الدية من الأطراف الكلام عن الأطراف التي يجب فيها أرش مقدر - ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وهذا هو الأرش المقدر كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين والتدينين ، فأرش اليد المقدر نصف دية

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩

الفتى ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٩ الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢

اليدين معاً ، وأرشف الرجل نصف دية الرجلين معاً وهكذا وأرشف العين الواحدة هو نصف دية العينين ولكن مالكا يخالف باقي الفقهاء في عين الأعور هو واحد . وفي أصابع اليدين والرجلين ، في كل أصبع عشر الدية ، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث أرشف الأصبع ، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف الأرشف وما وجبت الدية في أربعة منه ففي الواحد منه ربع دية وهذا هو أرشف المقدر ، ففي أشفار العينين الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباع الدية وفي الاثنين نصفها وفي الواحد ربع الدية وهذا هو أرشف المقدر . وفي كل سن كما عرفنا خمس من الإبل وهذا هو الأرشف المقدر للسن . وهكذا نستطيع أن نعرف الأطراف التي فيها أرشف مقدر إذا رجعنا للأطراف التي فيها الدية الكاملة والتي لها نظائر في البدن أما الأطراف التي لا نظائر لها في البدن ففيها الدية الكاملة وحدها ، والأرشف المقدر يجب أن يكون أقل من الدية .

أرشف الشجاج

٣٧٧ - عرفنا مما سبق عدد الشجاج وأسماءها وأن مكانها الرأس والوجه وبقي أن نعرف إن كان لهذه الشجاج أرشف مقدر أم لا . ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة من الشجاج ليس له أرشف مقدر سواء على رأى القائلين بأنها خمسة أو القائلين بأنها ستة وهناك رواية عن أحمد بأن في الدامية بغيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحة ثلاثة وفي السحاق أربعة وحجته أن زيد بن ثابت قضى بهذا ولكن هذا الرأى ليس المذهب ^(١) . أما ما يجب فيه أرشف مقدر من الشجاج فهو الموضحة وما بعدها أى الهاشمة وللنقطة والآمة والدامغة .

(١) الفرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ - شرح الدردير ص ٢٤٠ - بئائم الصنائع ص ٣١٦
تابع المذهب ج ٢ ص ٢١٢ .

٣٧٨ - الموضحة : - يجب في الموضحة خمس من الإبل لما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام أنه قال : « في للمواضع خمس خمس » .

ويجب الأرض في كل موضحة ، في الصغيرة والكبيرة ، وفي البارزة والمستورة بالشعر . لأن اسم الموضحة يقع على الجميع . وأرض موضحة الوجه والرأس سواء عند الأئمة الأربعة . ولكن لأحد رأى مخالف يرى فيه أن يكون أرض موضحة الوجه مضاعفاً ، لأن شينها أكثر ولأنها ظاهرة ولا يسترها الشعر كما هو الحال في موضحة الرأس ^(١) .

ولا يجب مع الأرض شيء آخر عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ولو برئت للموضحة على شين والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس ، أخذ من الجاني حكومة مقابل الشين وهذه الحكومة علاوة على الأرض ^(٢) ولا يجب الأرض إلا في موضحة الرأس والوجه ، أما موضحة الجسد فليس فيها شيء مقدر وإنما فيها الحكومة ، وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرض موضحتين . وإن أزال الحاجز بينهما قبل البرء فهما موضحة واحدة عليه أرضها ، فإن اندملتا ثم أزال الحاجز فعليه أرض ثلاث مواضع . لأنه استقر عليه أرض الأولين بالاندمال . ثم لزمته الثالثة ، وإن اندملت إحداها وزال الحاجز بفعله أو بسراية لأخرى ، فعليه أرض موضحتين ، أما إذا زال الحاجز بفعل المجنى عليه أو بفعل أجنبي فعلى الأول أرض موضحتين ، وعلى الأجنبي أرض موضحة . لأن فعل كل لا يبنى على فعل الآخر ، فانفرد كل بحكم جفايته . وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد .

وإذا شجه في رأسه شجة بمضها موضحة ، وبعضها دون الموضحة ، لم يلزمه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٤١ .

أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك . فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى^(١) .

٣٧٩ - الهاشمة : - ويجب في الهاشمة وهي التي توضح العظم، وفي الهاشمة عشر من الإبل ، ولم يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فيها . وإنما هو مروى عن زيد بن ثابت . والهاشمة في الرأس والوجه والرأس خاصة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد . أما مالك فلا يعرف الهاشمة إلا في جراح البدن . ويضع بدلا منها - أي الهاشمة - المنقلة في الوجه والرأس^(٢) .

ولو ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح ففي مذهب أحمد والشافعي رأيان أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح والثاني يوجب خمساً من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم ففيه خمس من الإبل^(٣)

٣٨٠ - المنقلة : وتجب في المنقلة خمس عشرة من الإبل لما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم « في المنقلة خمس عشرة من الإبل » والمنقلة زائدة على الهاشمة فهي التي تسكر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم .

٣٨١ - الأمة : وتسمى الأمة والمأمومة وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وأرشفها ثلث الدية لقوله عليه السلام في كتاب عمرو بن حزم « وفي المأمومة ثلث الدية » ولما روى عكرمة بن خالد أن النبي قضى في المأمومة بثلث الدية .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٣ وما بعدها - مهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، ٢١٣ شرح الدردير ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ - مهذب ج ٢

ص ٢١٣ - بدائع الصنائع ٣١٦ .

(٣) مهذب ج ٢ ص ٢١٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٣٨٢ - الرامضة : ويوجب الفقهاء في الدامغة ثلث الدية ، ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أنه يجب فيهما ثلث الدية لمساواتها بالأمة وحكومة فيما زاد عنها لأنها تزيد عنها خرق جلدة الدماغ ولا يهتم الفقهاء كثيراً بالدامغة لأنها تؤدي غالباً للموت^(١) .

أرش الجراح

٣٨٣ - الجراح كما علمنا على نوعين : جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة فهي الجراحات التي لاتصل إلى جوف والواجب فيها الحكومة فإن أوضع عظاماً في غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لاتشارك نظائرها من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف على الجنى عليه ولذلك لم تساوها في تقدير الأرش .

أما الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الصدر أو الورك فالواجب فيها ثلث الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم « في الجائفة ثلث الدية » .

وإن خرقه من جانب نخرج من جانب آخر فهما جائفتان عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أما في مذهب الشافعي فاختلفوا في النقب الحاصل من الداخل إلى الخارج فاعتبره بعضهم جائفة وهو الرأي الراجح في المذهب لأنها جراحة نافذة للموت وتساوي الآتية من الخارج ومن ثم أوجبوا فيها أرش الجائفة أما حجة الرأي المضاد فأوجبوا في الجراحة الثانية حكومة لأن الجائفة عندهم ماتصل من الخارج إلى الداخل^(٢) .

(١) الشرح الكبير ص ٦٢٧ ، ٦٢٨ - وباقى المراجع كما هي .

(٢) دردير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ص ٣١٨ ، ٣١٩ - مذهب

ج ٢ ص ٢١٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩ .

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأئمة ثم بعدها التطافؤ

٣٨٤ - دية الأئمة فيما دونه النفس : يرى أبو حنيفة والشافعي أن دية

المرأة على النصف من دية الرجل نفساً وجرحاً وأطرافاً^(١) فأرش أصبع الرجل عشرة من الإبل وأرش أصبع المرأة خمس من الإبل . وأرش الهاشمة في الرجل عشر من الإبل ، وفي المرأة خمس ، وأرش الجائفة في الرجل ثلث ديته وأرش الجائفة في المرأة ثلث ديتها وهي على النصف من دية الرجل .

أما مالك وأحمد فعندهما أن أرش جراح المرأة يساوي أوش جراح الرجل إلى ثلث الدية فإن جاوز الأرش ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل فمثلاً إذا قطع لامرأة ثلاث أصابع أخذت أرشها ثلاثين من الإبل كما يأخذ الرجل لأن الأرش لم يجاوز ثلث الدية فإذا كان المقطوع أربع أصابع أخذت أرشها عشرين من الإبل لأن أرش الأصابع الأربع أربعون من الإبل ، وهذا القدر يزيد على ثلث الدية فتأخذ النصف فقط^(٢) وهذه القاعدة مطلقة غير مقيدة بقيد عند أحمد أما مالك فيقيدها بقيدين أولهما : اتحاذ الفعل أو مافى حكمه ويقصد باتحاد الفعل الضربة الواحدة ولو أصابت أكثر من محل كما لو ضرب الجاني الخنجر عليها ضربة واحدة فأصابت يديها معاً أو يدها ورجلها ويقصد بما في حكم اتحاد الفعل تعدد الضربات في فور واحد سواء أصابت محلاً واحداً أم أكثر فإذا اتحد الفعل أو كان في حكم المتحد فإن الخنجر عليها أرش إصاباتهما كاملاً . إذا لم يزد مجموعها على ثلث الدية فإن زاد فلها النصف فقط ولا ينظر إلى كل إصابة وحدها فمثلاً لو ضربها ضربة واحدة أو ضربتين في فور واحد فأصاب أصبعين من كل يد فمجموع أرش الأصابع الأربع ، أربعون من الإبل وهذا المجموع يزيد على ثلث الدية فيكون المستحق لها النصف فقط ولو ضربها فأصاب أربعة أصابع من يد واحدة فالحكم هو نفس ما سبق .

(١) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٨ .

والقيد الثاني: هو اتحاد الحبل، ويراعى هذا القيد سواء اتحد الفعل أو لم يتحد الفعل فتثلاً إذا ضربها فأصاب من يدها اليمنى ثلاث أصابع فدية الأصابع الثلاث ثلاثون من الإبل وهي لا تبلغ ثلث الدية فتستحقها كلها فلو ضربها هو أو غيره مرة ثانية فأصاب أصبعاً أخرى من نفس اليد فأرشها خمس من الإبل لأن مجموع أرش هذه الأصابع مع أرش الثلاث المقطوعة سابقاً يزيد على ثلث الدية وكذلك الحكم لو أصابت من المرة الثانية هذه الأصابع وأصبعين من اليد الأخرى فإنه يأخذ خمساً من الإبل في الأصبع الرابعة من اليد اليمنى وعشرين في الأصبعين المقطوعين من اليسرى لأنه قطع بضربته ثلاث أصابع أرشها لا يبلغ ثلث الدية فتستحق عن كل أصبع عشرة من الإبل ؛ لكن لما كان الأصبع الرابع من اليد اليمنى تطبق فيه قاعدة اتحاد الحبل فلا تستحق فيه إلا خمساً من الإبل وتراعى قاعدة اتحاد الحبل على رأى الراجح في الأصابع فقط ولا تراعى في الأسنان ولا في المواضع والمناقل وتراعى قاعدة اتحاد الفعل وما في حكمه في كل الأحوال فلو شجت المرأة منقلتين في فور واحد فأرشهما ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشهما لا يبلغ ثلث الدية . ولو شجت أربع مناقل في فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشها ستون من الإبل وهو يزيد على ثلث الدية فيكون لها النصف من دية الرجل وهو ثلاثون من دية الإبل فإذا أصيبت بعد شفائها بمنقلة أخرى أو منقلتين أخذت أرشهما كاملاً لأنه لا يبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد الحبل لا تراعى في المناقل .^(١)

٣٨٥ - الأُرسه غير المقرر أو الحكومة : يجب الأُرش غير المقرر في الجنایات الواقعة على مادون النفس مما لا قصاص فيها وليس لها أرش مقدر ويسمى الأُرش غير المقرر في اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل . ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة: أن تقدر قيمة الجنى عليه باعتباراه عبداً قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبره منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة

ثم يؤخذ من اللدية بنسبة هذا النقص ، فذلك هو ما يستحقه المجنى عليه ولكن بشرط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر . فمثلا إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة ، وحكى عن مالك أنه ما تخرجه الحكومة كأننا ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي أن يكون التقدير بالنسبة للمعضو الذي حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس ، أى أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية المعضو الذي أصيب لآعلى أساس دية النفس ، فإن كان النقص هو العشر مثلا والجناية على اليد فالحكومة عشر دية اليد ، لآعشر دية النفس ، وإن كانت الجناية على أصبع فالحكومة عشر دية الأصبع . وحجة هؤلاء أن اعتبار دية النفس قد يؤدي إلى أن تزيد الحكومة على دية الطرف الذي حدثت به الجناية . وطريقة التقدير على أساس فرض المجنى عليه عبداً لاتصالح لليوم لأن الرقيق أبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلفة .

ولقد علمنا أن بعض الفقهاء في مذهب أحمد والشافعي يرون أن ما قبل الموضحة إذا أمكن معرفة قدره من الموضحة وجب فيها على قدر ذلك من أرش الموضحة ، ولعل هذه الطريقة يمكن استخدامها الآن في تقدير الحكومة فيقدر كل مافيه حكومة على أساس ما فوقه مما له أرش مقدر .

ويشترط الفقهاء في تقدير الحكومة أن يكون التقدير بمعرفة ذوى عدل من الفنين فيأخذ القاضى بقولها ، وأن يكون التقدير بعد البرء لآقبله ويصح أن يجتهد القاضى في التقدير .

ومن المتفق عليه أن الحكومة تجب إذا شفى الجرح على شين فإذا شفى على غير شين فقد اختلفوا ، فيرى أحمد والشافعي أن الحكومة تجب ولو شفى الجرح على غير شين ، ويرى مالك التعمير فقط ، ويرى أبو يوسف أن فيها حكومة الألم ، ويرى محمد أن فيها أجره الطيب^(١) .

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٣٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٢٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٢٣ .

وحين يقول بعض الفقهاء أن الجروح إذا برئت على غير شين ليس فيها شيء
فمعنى ذلك أن ليس فيها مال ، أما التعزير فواجب فيها طبقاً للقواعد العامة لأن
الجناية اعتداء ، وكل اعتداء ليس فيه حد مقدر فيه التعزير .
وكل جنابة لم تترك أثراً إطلاقاً كاللطمه واللكم والضرب بمثقل لا يترك أثراً
ولا يلون الجسم ليس فيها ضمان وإنما فيها التعزير .

٣٨٦ — ومقدار الدية فيما دون النفس عمداً هو مقدار الدية في النفس
عمداً ، مائة من الإبل وهي مربعة على ما يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد ، ومثلثة
على ما يرى الشافعي ومحمد بن الحسن كما ذكرنا قبلاً .
وإذا كان المستحق أقل من دية كاملة ، روعيت النسبة في أوصاف الإبل
فمثلاً إذا كان الأرش عشرة من الإبل كان أرباعاً أو أثلاثاً على حسب الرأيين
المتخلفين اللذين ذكرناهما .

٣٨٧ — الأجناس التي تجب فيها الدية هي نفس الأجناس التي سبق
السلام عليها في العمد في النفس .

٣٨٨ — تغليظ الدية : يرى بعض فقهاء مذهب أحمد أن الدية تغليظ في
العمد وفي الخطأ وفي النفس وما دون النفس ، ويرى البعض أنها لا تغلظ إلا في
القتل الخطأ فقط وأنها لا تغلظ فيما دون النفس ^(١) .
ويرى مالك أنها تغلظ فيما دون النفس في العمد في حالة واحدة وهي جنایات
الوالد على ولده وكيفية التغليظ عنده تثليث الدية ^(٢) أما أبو حنيفة والشافعي
فلا يريان التغليظ فيما دون النفس ولكن الشافعي يرى التغليظ في الخطأ فيما دون
النفس كما هو الحال في النفس . كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج .

(١) المغني ج ٩ ص ٥٠٠ — الإقناع ج ٧ ص ٢١٥ .

(٢) شرح الدردير ص ٣٧ .

٣٨٩ - من يحمل البرية في العمر؟ يحمل الدية في العمد الجاني في كل الأحوال باتفاق الفقهاء، ولكن مالكا يستثنى في حالة العمد أرش الجراح التي لا يمكن القصاص فيها خوف تلف الجاني كالجائفة والآمة وكسر العمد، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما يبلغ ثلث دية الجاني والجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجناية قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافا^(١).

٣٩٠ - هل تجب البرية مال؟ تجب الدية حالة في العمد عند مالك والشافعي وأحمد، وتجب مؤجلة إلى ثلاث عند أبي حنيفة وما يحمله مالك للعاقلة من العمد يجب مؤجلا إذا زاد على ثلث دية الجنى عليه أو الجاني^(٢) والمعتبر في التأجيل أن الدية الكاملة تؤجل في ثلاث سنوات، فلا يقل القسط عن ثلث الدية، وما زاد عن الثلث يدفع في السنة الثانية، فإن كان الواجب أكثر من الثلثين دفع ما زاد عن الثلثين في السنة الثالثة.

٣٩١ - التداخل في البريات: تكلمنا فيما سبق عن التداخل بمناسبة الكلام على ديات الأطراف والمعاني ونرى من الأفضل أن تجمع أحكام التداخل في مكان ليكون ذلك أعون على فهمها.

تداخل ديات الأطراف:

لا تتداخل دية طرف في طرف، وإنما تتداخل دية بعض الطرف في دية بعضه الآخر إذا كانت دية البعض هي دية الكل، أو كانت دية الكل تشمل دية البعض.

فاليد طرف فيها دية واحدة إذا قطعت الكف مع الأصابع، وإذا قطعت الأصابع وحدها ففيها الدية، فإذا قطعت الكف بعد ذلك ففيها حكمومة لأن ديتها

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ - المغني ج ٩ ص ٤٨٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠.

دخلت في دية الأصابع ومثل اليد الرجل ، والأجنان فيها الدية ، والأهداب فيها الدية أيضاً على رأى فإذا قطع الأجنان مع المذهب ففيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد وإذا قطعت الأهداب ففيها الدية فإذا قطعت الأجنان بعدها ففيها حكومة لأن ديتها دخلت في دية الأهداب .

وفي الثدي لدية ، وفي حلمة الثدي الدية ، فإذا قطع الثدي والحلمة معاً ففيهما دية واحدة لأن العضو واحد ، فإذا قطعت الحلمة وحدها ففيها الدية ، وإذا قطع الثدي بعد ذلك ففيه حكومة لأن ديته دخلت في دية الحلمتين .

وفي الذكر الدية ، وفي الحشفة الدية ، فإذا قطع الذكر كله ففيه دية واحدة . وإذا قطعت الحشفة وحدها فلا دية للباقي ، لأن ديته تدخل في دية الحشفة . وفي الأئمة ثلث دية الأصبع إلا الإبهام فنصفه ، وفي الظفر خمس دية الأصبع عند أحد ، فلو قطعت الأئمة مع الظفر فأرش الأئمة هو الواجب ، لأن أرش الظفر دخل في أرش الأئمة .

تراخل ديات المعاني : - لا تتداخل دية معنى في معنى آخر ولو كان محلها واحداً فكل معنى مستقل له دية مستقلة لا تدخل في معنى غيره ، وإنما تتداخل ديات المعاني في ديات محالها من الأطراف ، فإذا كان الطرف محلاً لمعنى فزال المعنى وحده وبقي الطرف وجبت الدية في المعنى ، وإذا زال الطرف مع المعنى دخلت دية المعنى في دية الطرف ووجبت دية واحدة - فالعين محل الإبصار فإذا فقئت العين فزال الإبصار وجبت دية واحدة لزوال الطرف وهو العين ومعناه وهو الإبصار وإذا بقيت العين قائمة وزال الإبصار وجبت دية واحدة للمعنى .

تراخل أروسه المبراح والشجاج : - لا تدخل أروش الجراح والشجاج بعضها في بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندخال بفعل الجاني أو بالسراية فن أوضح آخر موضحتين أو أجافه جائفتين بينهما حاجز ثم خرق الحاجز أو ذهب الحاجز بالسراية فعليه أرش موضحة واحدة وجائفة واحدة ، فإذا زال الحاجز بفعل غير الجاني وبغير السراية فعليه أرش موضحتين وجائفتين .

تداخل ما دونه النفس في النفس : - وهناك بعد ذلك تداخل أعم ، وهو تداخل ديات ما دون النفس في دية النفس ولكن لا تدخل دية ما دون النفس في النفس إلا إذا كانت الأفعال كلها من نوع واحد كأن كانت كلها عمداً أو خطأ أو شبه عمد وكانت الجناية على النفس قبل برء الجنايات على ما دون النفس ؛ فإذا توفر هذان الشرطان دخل ما دون النفس في النفس ووجبت دية واحدة فقط أما إذا برىء بعض ما دون النفس قبل الجناية على النفس فلا يدخل في النفس إلا ما لم يتدخل . وتجب ديات ما برىء قبل الجناية على النفس ، ودية النفس ؛ والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن ما برىء قبل النفس استقر حكمه وثبت في ذمة الجاني . فإن قتل عمداً والجنايات على الأطراف خطأ وجبت ديات الأطراف ودية النفس وكذلك لو كان القتل خطأ والجنايات الأخرى عمداً ولو كان الجاني واحداً وهذا هو الرأي الراجح .^(١)

العقوبة البدلية الثانية

« التعزير »

٣٩٢ - تكلمنا عن التعزير كمقوبة بدلية للقصاص في حالة الجناية على النفس وما قلناه هناك ينطبق هنا مع مراجعة ما كتبناه عن التعزير كمقوبة أصلية .

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

٣٩٣ - عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هي الدية أو الأرض وهي العقوبة الأصلية الوحيدة وليس ثمة من عقوبة بدلية لازمة للدية ، ولكن إذا شئت الهيئة التشريعية أن تجعل لهذه الجناية عقوبة تعزيرية أصلية أو بدلية فليس في نصوص الشريعة ما يمنع هذا . وإذا كان مالك يوجب التعزير في العمد ولا يوجبه

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ - نهاية المحتاج ص ٢٢٤ - مفتي ج ٩ ص ٢٨٦ ، ٢٩٦

في الخطأ فليس معنى ذلك أنه يمنع من التمييز في الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة التمييز واجبة في العمد للردع ولم يرها لذلك في حالة الخطأ .

والدية يقصد منها الدية الكاملة ، والأرض يقصد به ما هو أقل من الدية ، والأرض مقدر وغير مقدر ، وقد تكلمنا عن هذه المعاني جميعها بمناسبة الكلام على الدية في العمد ، ولا فرق بين ما قيل هناك وما يمكن أن يقال هنا .

٣٩٤ - ومقادير الدية وما تجب فيه كاملة وناقصة وما تجب فيه الحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام عن الجناية على مادون النفس عمداً ، والواقع أنه لا فرق بين عقوبة الدية في العمد والخطأ من حيث الوجوب وما تجب فيه ، والأجناس التي تجب فيها الدية ، وغير ذلك من المواضع التي تكلمنا فيها بمناسبة الكلام عن الدية ونستطيع أن نحصر الفرق بين الديتين في الخطأ وبينها في العمد فيما يأتي :

١ - من يحمل الدية ؟ : يحملها في العمد الجاني كما ذكرنا إلا ما استثناء مالك ، ويحملها في الخطأ باتفاق العاقلة ، ويرى الشافعي وأحد أن الجاني لا يحمل مع العاقلة شيئاً ، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها ، والمقدار الذي تحمله العاقلة يختلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا في القتل الخطأ .

٢ - أوصاف الرجل - الدية في الخطأ تجب بخمسة باتفاق الفقهاء .

٣ - التغليظ في الخطأ - يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد كما يرى الشافعي التغليظ فيما دون النفس ولكن الظاهر^(١) أن المذهب هو عدم التغليظ ، ولا يرى أحد من الأئمة الآخرين التغليظ في الخطأ فيما دون النفس .

٤ - تأجيل الدية - تجب دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين إذا كانت كلمة .

(١) الفنى ج ٩ ص ٥٠٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢١٥ - نهاية المحتاج ج ٧

الفصل الثالث

الجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه

أى الجنابة على الجنين أو الإجهاض

٣٩٥ - يعبر الحنفية عن هذه الجنابة بالجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه ، لأن الجنين يعتبر نفساً من وجه ، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعلمون ذلك بأن الجنين مادام محتبباً في بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلاً لوجوب الحق عليه لكونه في حكم جزء من الأم ، لكنه لما كان منفرداً بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية الخ^(١) .

ولذلك اعتبر نفساً من وجه إذا نظرنا إلى أنه أهل لوجوب الحق له ، ولم يعتبر كذلك من وجه آخر إذا نظرنا إلى أنه ليس أهلاً لوجوب الحق عليه وصار نفساً من كل وجه ؛ فإذا انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمنه ، وإذا زوجه وليه لزمه مهر امرأته في ماله .

٣٩٦ - ويعبر المالكية والشافعية والحنابلة عن هذه الجنابة بالجنابة على الجنسين ولكن اختلاف الفقهاء في التعبير عن الجنابة ليس له أية أهمية لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو ما يقصده الآخرون بالذات ، ومحل الجنابة عندم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ - شرح الزرقاني

ج ٨ ص ٢٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

٣٩٧ — ما يجرى من الحامل : تقع هذه الجناية كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه ، ، وقد ينفصل الجنين حياً وقد ينفصل ميتاً ، وتعتبر الجناية تامة بمجرد الانفصال بغض النظر عن حياة الجنين أو موته ، وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة ؛ إذ العقوبة في هذه الجناية تختلف باختلاف نتائج الفعل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة .

ولا يشترط في الفعل المكون للجناية أن يكون من نوع خاص ، فيصح أن يكون عملاً ويصح أن يكون قولاً ويصح أن يكون الفعل مادياً ويصح أن يكون معنوياً .

ومن الأمثلة على الفعل المادى الضرب والجرح والضغط على البطن ، وتناول دواء أو مواد تؤدي للاجهاض ، وإدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل حمل ثقيل^(١)

٣٩٨ — ومن الأمثلة على الأقوال والأفعال المعنوية التهديد وإفزاز والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل والاصباح عليها فجأة وطلب ذى شوكة لها أو لغيرها أو دخول ذى شوكة عليها^(٢) ومن الوقائع المشهورة في هذا الباب أن عمر رضى الله عنه بعث إلى امرأة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوالك إن ديتك عليك لأن أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٥ ص ٣١ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ .

٥١٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ - الاقتناع ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٩ .

ومن الأمثلة على الأفعال العنوية تجويع المرأة أو صيامها ، فلو صامت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجناية ومثل ذلك ثم ربح ضار بالحامل^(١) ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتما مؤلماً يسأل جنائياً إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة^(٢)

ويصح أن يقع الفعل للكون للجناية من الأب أو الأم أو من غيرها وأيا كان الجاني فهو مسؤول عن جنائته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجرمة .

٣٩٩ - انفصال الجنين : - ولا تعتبر الجناية على الجنين قائمة ما لم ينفصل

الجنين عن أمه ، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها دواء فأزال ما يبطنها من انتفاخ أو أسكن حركة كانت تشعر بها في بطنها لا يعتبر أنه جنى على الجنين لأن حكم الولد لا يثبت إلا بخروجه ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ، فهناك شك في وجود أو موت الجنين ، ولا يجب العقاب بالشك ، وهذا هو رأى الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته^(٣)

ولكن الزهرى يرى أن على الجاني العقوبة لأن الظاهر أنه قتل الجنين .

والرأى الذى يجب العمل به اليوم بعد تقدم الوسائل الطبية أنه إذا أمكن طبيياً القطع بوجود الجنين وموته بفعل الجاني فإن العقوبة تجب على الجاني ، وهذا الرأى لا يخالف فى شيء رأى الأئمة الأربعة لأنهم منعوا العقاب للشك ، فإذا زال الشك وأمكن القطع وجبت العقوبة ، ولا يكفي انفصال الجنين لمسؤولية الجاني بل يجب أن يثبت أن الانفصال جاء نتيجة لفعل الجاني ، وأن علاقة السببية قائمة بين فعل الجاني وانفصال الجنين .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣١ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣

حاشية ابن عابدين ص ٥١٧ .

٤٠٠ - والجنين هو كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد . ويرى مالك مسؤولية الجاني عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقه أو دماً . ويرى أشهب من فقهاء المالكية أن لامسؤولية عن طرح الدم ، وإنما المسؤولية عن طرح العلقه والمضغة ، بينما يرى ابن القاسم المالكي أيضاً مسؤولية الجاني عن الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب ، لا الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار يذوب لأن هذا لا شيء فيه^(١) .

٤٠١ - ويرى أبو حنيفة والشافعي مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا

استبان بعض خلقه ، فإذا ألفت مضغة لم يثبت فيها شيء من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور ، فالجاني مسؤول أيضاً^(٢) .

٤٠٢ - ويرى الحنابلة مسؤولية الجاني إن أسقطت المرأة ما فيه صورة آدمي ، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا مسؤولية حيث لا دليل على أنه جنين ، وإذا ألفت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية كان الجاني مسؤولاً جنائياً . وإن شهدوا أنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور ففيه وجهان : أحدهما لامسؤولية عنه لأنه لم يتصور فهو في حكم العلقه ولأن الأصل البراءة فلا مسؤولية بالشك ، والثاني يسأل لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور^(٣) .

والجنين قد ينفصل عن أمه حياً وقد ينفصل ميتاً وللتفرقة بين الحالتين أهمية كبرى لأن العقوبة تختلف باختلاف الحالتين .

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلاك أي الصياح والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك ، ومجرد الحركة لا يعتبر دليلاً قاطعاً على الحياة لأن الحركة قد تكون من اختلاج الجسم إثر خروجه من ضيق فوجب أن تكون الحركة بحيث تقطع بحياة الجنين أو أن يكون هناك دليل آخر على الحياة^(٤) .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣١ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٢ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٣٩ .

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين

٤٠٣ - ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلاً حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه ، فلا يكون في حالة نزاع أو في الرمق الأخير ، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش لمثله أى أن يكون لسبعة أشهر فصاعداً ، فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتاً ، ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لا يتصور بقاؤها ، ولأن الجنين لا يعيش غالباً إذا انفصل لأقل من ستة أشهر وبهذا الرأي قال المزني من أصحاب الشافعي^(١) .

٤٠٤ - ويعتبر المالكية والحنفية والشافعي الجنين منفصلاً حياً عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل وفيه الحياة ، ولا يعتبرونه منفصلاً ميتاً إلا إذا انفصل فاقد الحياة . وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لو خرج رأسه فصرخ مراراً ثم تم انفصاله ميتاً فيعتبر أنه انفصل ميتاً لا حياً لأن العبرة بحالة الجنين عند تمام الانفصال^(٢) .

٤٠٥ - ويشترط مالك وأبو حنيفة لمسؤولية الجاني عن قتل الجنين أن يكون انفصال الجنين قد حدث في حياة الأم ، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجاني عن قتله إذا انفصل ميتاً لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فتتحقق موته بموتها فضلاً عن أنه يجري مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها وعلى هذا فمن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجاني ولا ضمان ولا عقاب بالشك .

أما إذا انفصل الجنين حياً بعد موت الأم فالجاني مسؤول عن قتله وعليه دية إذا مات بفعله ، فإن لم يمت فعلياً التعزير ، وإذا انفصل بعضه ميتاً في حياتها ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتاً بعد موتها^(٣) .

٤٠٦ - ويرى الشافعي وأحمد مسؤولية الجاني سواء انفصل الجنين بعد

(١) المغني ج ٩ ص ٥٥٠ ، ٥٥٢ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦١ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٨٠ .

وفاة الأم أو في حياتها ، وسواء انفصل حياً أو ميتاً لأن الجنين تلف بجناية الجاني وعلم ذلك بخروجه فوجبت المسؤولية كما لو سقط في حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً ، وليس صحيحاً أن حكمه حكم أعضاء الأم لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم مات لم يضمه كأعضائها ، وفضلاً عن ذلك فهو آدمى موروث فلا يدخل في ضمان أمه ، وكذلك الحكم لو انفصل بعضه من بطن أمه وخرج باقيه أو لم يخرج حيث تيقن وجود الجنين أولاً وتيقن قتله ثانياً^(١) .

٤٠٧ — ونستطيع أن نقول بعد تقدم الوسائل الطبية أن الرأي الذي يجب العمل به هو مسؤولية الجاني إذا تبين بصفة قاطعة أن الانفصال ناشئ عن فعل الجاني سواء انفصل الجنين في حياة أمه أو بعد وفاتها . وسواء انفصل كله أو بعضه ، وهذا الرأي يتفق مع كل المذاهب لأن الذين يمتنعون المسؤولية يمتنعونها للشك وعدم التيقن فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجهت المسؤولية .

٤٠٨ — فصر الجاني : — مذهب مالك على أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ ، فهي عمدية إذا تعدد الجاني الفعل ، وهي غير عمدية إذا أخطأ الجاني بالفعل ويتفق مذهب مالك مع الرأي المرجوح في مذهب الشافعي^(٢) .

٤٠٩ — والقائلون بأن الجناية عمدية يختلفون في وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجناية ، فبعض المالكية يوجب القصاص والبعض يوجب الدية وأصحاب الرأي الراجح في المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل في الغالب مؤدياً لنتيجة كالضرب على الظهر والبطن ، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤدياً لنتيجة غالباً كالضرب على اليد والرجل^(٣)

(١) المغني ج ٩ ص ٥٣٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٠ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٨ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ .

٤١٠ — وأصحاب الرأي الراجح في مذهب الشافعي يرون مع الحنفية والحنابلة أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً وإنما هي شبه عمد أو خطأ فهي شبه عمد إذا تعدد الجاني الفعل وهي خطأ إذا أخطأ به .

ولا تعتبر الجناية عمدية حال تعدد العمل لأن العمد الحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبحياها ، كما يتوقف على قصد قتله وهو بعيد التصور^(١) .
ويحتج هذا الفريق لأية بما روى عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب ، والعاقلة تحمل العمد ، فلو اعتبر الرسول العمد في هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة .

٤١١ — وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد في حالة انفصال الجنين حياً حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية القصاص من الجاني . بينما العقاب على غير العمد هو الدية ، أما في حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد في نوع العقوبة لأن العقوبة متفق عليها في كل الأحوال وهي الغرة ، وإنما يظهر الفرق في صفة العقوبة حيث تغلظ الغرة في حالة العمد وشبه العمد ولا تغلظ في حالة الخطأ^(٢) كذلك يظهر الفرق في تحمل العقوبة حيث تكون في مال الجاني وحده في حالة العمد ، وتكون في ماله أو مال العاقلة وتحدها في حالتي شبه العمد والخطأ على حسب التفصيل الذي ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات^(٣) .

٤١٢ — العقوبة المقررة للجناية على الجنين : — تختب العقوبة المقررة للجناية على الجنين باختلاف نتائج فعل الجاني وهذه النتائج لا تخرج عن خمس :
الأولى : أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً . الثانية : أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت .
الثالثة : أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير الفعل .
الرابعة : أن لا ينفصل الجنين عن أمه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦١٩ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ المني
ج ٩ ص ٥٤٤ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٢) اسنى الطالب ج ٤ ص ٩٤ .

(٣) راجع الفقرة .

أو ينفصل بعد وفاتها . الخامسة : أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدى لموتها . وستكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والمقوبات المقررة لها .

٤١٣ — أولا : انفصال الجنين عن أمه ميتا : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتا فمقوبة الجاني هي دية الجنين ، ودية الجنين غرة عبداً أو أمة قيمتها خمس من الإبل .

ولأصل في الغرة ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الناس في أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبه شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة ، وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : اقتلت أسرا تان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطها ، فاختموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى الرسول أن دية جنينها عبداً أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم^(١) والغرة في اللغة الخيار وسمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال ويشترط الفقهاء في العبد أو الأمة شروطا خاصة لم نرداعيا لذكرها بعد أن أبطل الرق في العالم ، وبعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل .

٤١٤ — وتجب الغرة في الجنين الذكور وفي الجنين الأنثى ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكور بنصف عشر الدية الكاملة ودية الجنين الأنثى بعشر دية الأم ، ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فالنتيجة أن دية الجنين الأنثى تساوى نصف عشر الدية الكاملة^(٢) .

وتجب الغرة في حالتى العمد والخطأ معا ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ^(٣) وإلا أنها حالة في مال الجاني

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٣٥ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣٢ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠ .

أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ - المغنى ج ٩ ص ٥٤١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

المتعمد لا تحمل العاقلة منها شيئاً ، أما في حالة الخطأ و يلحق بها شبه العمد فتحمل العاقلة الدية وحدها أو مع الجاني على حسب الآراء المختلفة التي فصلناها عند الكلام على الدية في القتل .

والغرة تورث على الجنين على فرائض الله وفي مذهب مالك رأى مرجوح بأنها للأم دون غيرها وهو مذهب الليث ، ومن المتفق عليه أن القاتل لا يرث شيئاً من الغرة إذا لاميراث للقاتل ^(١) .

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة ، فلو ألت الحمل جنينين حيتين فعلى الجاني غرتان وإذا ألت ثلاثة فعليه ثلاثة وهكذا ^(٢) .

وإذا ماتت الأم بعد وجوب الغرة فلا تدخل الغرة في دية الأم بل تجب الغرة للجنين والدية للأم ^(٣) .

١٥٤ - ثانياً : انفصال الجنين عن أمه وما يوجب الفعل :

وإذا انفصل الجنين عن أمه حيوات بسبب فعل الجاني فالعقوبة انفصاف عند من يراه من القائلين بوجود العمد أو هي الدية الكاملة عند غيرهم من القائلين بأن الفعل عمد أو القائلين بأنه شبه عمد وكذلك العقوبة الدية باتفاق في حال الخطأ ، والفرق بين دية العمد وشبه العمد والخطأ ليس في عدد الإبل ، وإنما في صفاتها أو هو الفرق بين التغليب والتخفيف ، كما أن دية العمد تكون في مال الجاني وتكون حالة دائماً بينما دية شبه العمد والخطأ ليست حالة وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجاني على حسب مختلف الآراء .

والدية الكاملة للجنين يختلف مقدارها باختلاف نوع الجنين ، فدية الذكر دية رجل ودية الأنثى دية امرأة أى نصف دية الرجل .

(١) المنى ج ٩ ص ٥٤٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٩٣ - حاشية ابن عابدين ص ١٨٠

الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى الطالب ص ٩٠ - المنى ج ٩ ص ٥٤٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠

الزرقاني ص ٣٣ .

(٣) المرجع السابقة .

وتتعدد الديات بتعدد الأجنة ، فلو ألفت المرأة جنينين ذكرين أو ثلاثة كان على الجاني ثلاث ديات كاملة .

وإذا ماتت الأم بسبب الجناية فلا تدخل دية الجنين في ديتها ولا تدخل ديتها في ديات الأجنة ولو تعددت .

٤١٦ — ثالثا . انفصال الجنين مبأ ولم يمض : إذا انفصل الجنين حيا وعاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجناية على الجنين هي التعزير لا غير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله ، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادى لأن الجريمة ليست بالإزهاق روح إنسان حى .

والعقوبة التعزيرية التي توقع على الجاني يقدرها القاضى ويعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولى الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها .

٤١٧ — رابعا : انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عزم انفصاله : إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية في هذه الحالات جميعا هي التعزير مادام لم يرق دليل قاطع على أن الجناية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لا تدخل له في ذلك^(١) .

٤١٨ — خامسا : أنه يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو موتها : إذا ترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو قطع طرف من أطرافها أو موتها فعلى الجاني عقوبة هذه الأفعال بغض النظر عن العقوبات المقررة للجناية على الجنين لأن العقوبات الأخيرة خاصة بالجنين وليست خاصة بما يصيب أمه ، فإذا أعطى رجل امرأة دواء بقصد إحداثها فماتت بعد أن انفصل ولدها ميتا فعليه دية المرأة باعتبار أنه قتلها قتلا شبه عمد وعليه غرة دية الجنين ، وإذا ماتت بسبب الفعل بعد انفصال ولدها حيا فعلى الجاني ديتان — دية المرأة ودية الجنين .

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين .

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف فقد بطنها قاصداً فقتلها فأسقط منها جنينين أحدهما أصابه السيف فنزل ميتاً والثاني نزل حياً ثم مات وماتت المرأة فعلى الجاني القصاص في قتل المرأة وعليه دية كاملة للجنين الذي نزل حياً وغرة للجنين الذي نزل ميتاً .

وإذا ضربها فقطع زراعها فألقت ولدها ميتاً فعليه القصاص فيما فعل بالمرأة وعليه غرة دين الجنين .

وإذا ضربها ضرباً لم يترك أثراً فأجهضت جنيناً انفصل عنهما ميتاً فعليه التعزير في ضرب المرأة وعليه غرة دية الجنين .

٤١٩ — الكفارة : — وهناك عقوبة أخرى للجناية على الجنين هي عقوبة الكفارة^(١) ويقاب الجاني بها كلما ألقت الأم جنينها سواء ألقت حياً أو ميتاً وسواء كان الجاني هو الأم أو أجنبي عنها ، وإن ألقت الأم أجنة ففي كل جنين كفارة وهذا هو رأي الشافعي وأحمد^(٢) .

وإذا اشترك جماعة في الجناية فألقت المرأة جنيناً فدرته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة .

ويجمل مالك الكفارة مندوباً إليها في الجناية على الجنين وليست واجبة^(٣) . أما أبو حنيفة فيفرق بين انفصال الجنين ميتاً وانفصاله حياً ويوجب الكفارة في الحالة الثانية دون الأولى^(٤) .

(١) راجع ما كتب عن الكفارة فهو متهم لما يقال هنا .

(٢) أسنى الطالب ج ٤ ص ٩٥ — المفتي ج ص ٥٥٦ وما بعدها .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٤٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٨ ، ٥١٩ .

إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين

٤٢٠ - اختلف الفقهاء في تحديد الأدلة التي تثبت عن طريقها الجناية على

النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين ، فرأى جمهور الفقهاء أن هذه الجنايات لا تثبت إلا عن طرق ثلاث هي : (١) الإقرار . (٢) الشهادة ... (٣) القسامة ... ورأى بعض الفقهاء أنها تثبت أيضاً عن طريق قرائن الأحوال ، وعلى هذا تكون طرق إثبات هذه الجنايات أربع طرق هي :

(١) الإقرار ... (٢) الشهادة .. (٣) القسامة ... (٤) رائن الأحوال -

وسنتكلم عن هذه الطرق واحدة بعد أخرى .

الإقرار

٤٢١ - الإقرار لغة هو الإنبات من قر الشيء ، يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً

الاعتراف عن حق أو الاعتراف به ، والأصل في الإقرار الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ، قالوا : أقررنا ﴾ وقوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار ، وقوله تعالى ﴿ وليلال الذي عليه الحق - إلى قوله - فليملل وليه بالعدل ﴾ أي فليقر بالحق . وقوله تعالى ﴿ وآخرون اعترفوا بذنوبهم ﴾ وقوله ﴿ ألت بربكم قالوا بلى ﴾ إلى آيات أخرى .

وأما السنة فماروى أن ماعزاً أقر بالزنى فرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وفي قضية المسيف قال الرسول « أعد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار لأنه إخبار ينفي التهمة والريبة عن المقر ولأن الماقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان الإقرار آكد من الشهادة وكان حجة في حق المقر بوجوب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية .

٤٢٢ - والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره .

كما يرى جمهور الفقهاء فإذا اعترف بكر بأنه قتل زيداً وأن علياً شاركه في ارتكاب جريمة القتل ، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على بكر فقط ما دام على ينكره ، فإذا سلم به على فإنه يؤخذ لا باعتراف بكر وإنما باعترافه هو ، وعلى هذا جرت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن معد أن رجلاً جاء الرسول فأقر عنده أنه زنى بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها^(١) ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقر عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال ، إذا أمكن اعتبار إقرار المقر قرينة على غير المقر .

٤٢٣ - ويشترط في الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلاً قاطعاً

في ارتكاب الجاني الجناية ، أما الاعتراف الجمل الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية ، فمن أقر مثلاً بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته ، فقد يكون المعترف طلب من القتل أن يؤدي عملاً أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه ، فاعتقد أنه تسبب في قتله واعترف بالقتل على هذا الأساس ، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة ، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه فقد يكون القتل وقع استمالاً لحق أو أداء لواجب ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة ، فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لاشك فيه .

٤٢٤ - والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد

جاءه ماعز يعترف بالزنا ويسكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو

شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسر عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غزرت » وفي رواية « هل صاحبها ؟ قال نعم . قال فهل باشرتها ؟ قال نعم . قال هل جامعها ؟ قال نعم » .

وفي حديث ابن عباس « أنسكتها » ؟ قال : نعم ، قال : دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم . قال : كما يغيب المرود في المسكحلة والرشاء في البئر ؟ قال : نعم . قال : تدري ما الزنا ؟ قال نعم ، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالات : فما تريد بهذا القول ؟ قال : تطهرني فأمر به فرجم فدل جميع ذلك على أنه يجب الاستفصال والتبيين^(١) .

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار .

٢٥٤ - إقرار زائل العقل : - إذا أقر بجرمة من فقد عقله لأي سبب كشرب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤخذ به ولا سكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء أو النوم وبعد زوال أثر السكر أو أثر الدواء وبعد زوال الجنون فإنه يؤخذ بإقراره الجديد لأنه صدر صحيحاً^(٢) .

ويتفق أبو حنيفة والشافعي مع مالك وأحمد فيما سبق إلا في شرب الدواء والمسكر ، فيرى أبو حنيفة أن إقرار السكران بطريق محذور هو إقرار صحيح ، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا في الحدود الغلظة حقاً لله ، والقتل ليس منها . وكذلك الجناية على مادون النفس وعلى الجنين^(٣) لأن عقوبتها القصاص أو الدية وهي من حقوق الأفراد . أما إذا كان السكر

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨

(٢) المغني ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها ج ١٠ ص ١٧٠ ، ١٧١ مواهب الجليل

ج ٤ ص ٤٣ .

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٤٦ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢١

(٢٠ - القمبرج الجنائي الإسلامي)

بطريق غير محظور فلا يؤخذ السكران بإقراره في كل الأحوال إلا إذا أعاد الإقرار بعد زوال سكره .

ويرى الشافعي أن من شرب دواء مزيلا للعقل بغير حاجة ومن شرب مسكراً عالماً بأنه مسكر يؤخذ بإقراره في كل الأحوال ، لأنه شرب ما يعلم أنه يزيل عقله فوجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظاً عليه لينزجر^(١) فإذا دعت الحاجة لشرب الدواء المزيل للعقل أو شرب المسكر وهو يعلم أنه مسكر ، فإنه لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أقر ثانية بعد زوال سكره .

٤٢٦ - ومن المتفق عليه أن المسكر لا يشترط فيه أن يكون خمرأ ، فيصح أن يكون أى مادة مسكرة أو مخدرة مادامت تؤدي إلى غيبة العقل ولهذا يعرف الفقهاء السكر بأنه غيبة العقل من تناول الخمر أو ما يشبه الخمر .

ويعتبر الإنسان سكراناً إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة^(٢) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾^(٣) فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران وهذا الرأى يتفق مع الرأى الراجح في كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي^(٤) .

٤٢٧ - إقرار المكره :- قبل أن نعرف حكم إقرار المكره ينبغي أن نعرف شيئاً عن الإكراه .

تعريف الإكراه : نعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره

(١) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٣) سورة النساء آية ٣٤ .

(٤) الفنى ج ١٠ ص ٣٣٥ . أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٤ .

فيزول رضاه أو يفسد اختياره^(١) ويعرف بأنه ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢).

ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بمأجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلبت على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذ امتنع مما أكرهه عليه^(٣).

والإكراه في الشريعة على نوعين : نوع يعدم الرضاء ويفسد الاختيار وهو ماخيف فيه تلف النفس ، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضاء أو يفسده ولكنه لا يؤثر على الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والعقيد والضرب الذي لا يخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(٤).

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة قتل مثلاً ينبغي أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاء ويفسد اختياره أما الإكراه الناقص فلا يؤثر إلا على التصرفات التي تحتاج إلى الرضاء كالإقرار والبيع والإجارة وما أشبهه .

٤٢٨ - ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبهه . وأن التوعد بالعذاب لا يكون كرهاً ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم فلما غطوه في الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم إلى ما طلبوا فأنتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى الطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٢ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ .

أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» ويستدلون بما قاله عمر رضى الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمعته أو خربته أو أوفقته فهو لا يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكروه فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتيه المكروه فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم^(١) .

٤٢٩ - ويرى أصحاب رأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى من أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف ، فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكروه عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب لا ما وقع منها فعلاً^(٢) .

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ويصح أن يكون معنوياً ، والإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعاً - أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

شروط الإكراه : - يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر المقر مكرهاً .

٤٣٠ - أولها : - أن يكون الوعيد مما يستتضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده كالضرب والحبس والقيود والتجويب ، فإذا لم يكن لتنفيذ الوعيد أثر على الرضاء انتفى وجود الإكراه ، وتقدير الوعيد الذى يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكروه عليها ، فقد يكون الشيء إكراهاً

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٣ .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط ، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد ، بل قد يتضرر من صدمة أوفرك أذن ، والبعض قد يرحب بمكثته فى السجن أمداً طويلاً والبعض قد يضره ضرراً بقاءه فى السجن ليلة واحدة .

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكروه ، وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف فىرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(١) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكروه ، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(٢) ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب^(٣).

وليس من الضروري أن يكون الإكراه بالوعيد بالإيذاء المادى ، بل يكفى لوجود الإكراه الوعيد بالمنع من استعمال الحقوق ، فمن يمنع زوجته من زيارة أهلها إلا إذا أقوت بجرىمة ، ومن يمنع ابنته من الزفاف أو الذهاب إلى دار الزوجية إلا إذا اعترفت بجرىمة ، فإنه يحملها على الإقرار كرهاً^(٤).

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجرىمة فإنه يعتبر مكرهاً فى إقراره . وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد ، وأمر غيره أكرهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه^(٥).

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠ - أسنى المطلب ج ٣ وحاشية الشهاب ص ٢٨٣

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

تطعمه فإن أطاعته وهي لا تخشى أذى إذا لم تطعمه فلا يعتبر الأمر إكراها^(١).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً ، فإن كان المال يسيراً فلا إكراه . وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر^(٢).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه ، لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ولكن بعض فقهاء الحنفية يرون الوعيد بإتلاف المال إكراها ، وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم ، فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراها ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكتفى لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتضر بإتلافه^(٣).

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قائماً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس فهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه لأن الفعل الذي هدده مشروع^(٤).

٤٣١ - ثانياً : - أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب المكروه ، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكروه لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فياجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكروه.

(١) نفس المراجع السابقة ص ١٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ وما بعدها - حاشية

ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ ، ١٢١ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المفتى ج ٨

ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكروه ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكروه وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة ، ويعتبر الوعيد حالا كلما عجز المكروه عن الحرب والمقاومة والاستغاثة بغيره إلى غير ذلك من أنواع الدفع^(١).

وإذا كان الوعيد بأمر أجل فإنه لا يعتبر إكراها كقوله لأضربك غداً إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا . ولكن الأذرعى من فقهاء الشافعية يرى أن في النفس من هذه المسألة شيئاً وأنه إذا غلب على ظن المقر إيقاع ما هدد به لو لم يفعل فإنه يعتبر مكروهاً ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد^(٢).

٤٣٢ - ثالثاً : أن يكون المكروه قادراً على تحقيق وعيده لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكروه قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه ، ولا يشترط في المكروه أن يكون ذا سلطان حكاهم أو موظف لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكروه^(٣).

٤٣٣ - رابعاً : أن يغلب على ظن المكروه أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به فإن كان يعتقد أن المكروه غير جاد فيما أوعده به أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكروهاً . ويجب أن يكون ظن المكروه مبنياً على أسباب معقولة^(٤).

٤٣٤ - حكم إقرار المكروه : وإذا توفّر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكروه على نفسه بجرّيمة فإن إقراره يكون باطلاً ولا يؤخذ به لقوله تعالى ﴿ لا آمن أكرهه ﴾ وقلبه مطمئن بالإيمان ﴿ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي

(١) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغني ج ٨ ص ٢٦١ - حاشية ابن عابدين ج ٥

ص ١٠٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ - وحاشية الشهاب الرمل .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ ، المغني ج ٨ ص ٢٦١ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢

(٤) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغني ج ٨ ص ٢٦١ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩

الخطأ والنسيان وما استكروها عليه . ولأنه قول أكره عليه بغير حق ، والأصل أن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، فإذا أقر مختاراً قبل إقراره لا تنفء التهمة ولوجود الداعي إلى الصدق ، ولكن إذا أكره الشخص على الإقرار فأقر فإنه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فاتفى ظن الصدق فلم يقبل إقراره ، فإذا أقر بقتل أو قطع أو سرقة أو غير ذلك تحت تأثير الإكراه لم يجب عليه بإقراره عقاب^(١) لاحتمال كذب الإقرار ، وما يؤثر في هذا الباب قول عمر رضي الله عنه : « ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمعه أو ضربته أو أوثقته » أو على حسب ما يرويه البعض « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خفت أو أوثقت » وما يؤثر عن شريح أنه كان يقول « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره »^(٢) ويؤثر عن ابن شهاب أنه قال في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد^(٣) :

وإذا أقر في حال الإكراه بغير ما أكره مثل أن يكره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى ، فأقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء دون إكراه^(٤) .

أما إقراره بالجريمة التي أكره على الإقرار بها فهو إقرار باطل لا يؤخذ به إلا أن يقر ثانية بالجريمة بعد إخلاء سبيله وهو مختار غير مكروه فإنه يؤخذ بإقراره الجديد^(٥) .

٤٣٥ - والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ولو قامت الدلائل على صحته كأن يرشد السارق عن المسروقات أو القاتل عن جثة القتيل ، فإذا

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - المغني ج ١٠ ص ١٧٢ - ج ٥ ص ٢٧٢ ، ٣٧٣ - أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) البسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٨٥ (٣) المغني ج ١٠ ص ١٧٢

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٧٣ (٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ١ ص ١٨٩ .

استمر على إقراره بعد أن أصبح في أمن من الإكراه ، اعتبر استمراره إقراراً جديداً وهذا متفق عليه إلا من القائلين في مذهب مالك بصحة إقرار المكره ، وما يؤثر في هذا الباب أن الحسن بن زياد الفقيه الحنفى قال بجواز ضرب السارق حتى يقر ، ضرباً لا يقطع اللحم ولا يبين العظم ، وأفتى مرة بهذا ثم ندم وأتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق حتى أقر بالمال المسروق وجاء به ومع ذلك فقد خرج الحسن بن زياد وهو يقول ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا^(١)

٤٣٦ — ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعى أنه إذا ضرب ليقر فهذا إكراه أما إذا ضرب ليصدق في القضية فأقر حال الضرب أو بعده فأقراره صحيح ولا يعتبر مكرها ، لأن المكره من أكره على شيء واحد ، وهو هنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق في الإقرار ، ولكن أصحاب هذا الرأي يكرهون مع هذا أن يلزم للقر بإقراره إلا بعد أن يراجع ويقر ثانياً من غير أن يضرب أو يهدد . ويؤخذ على أصحاب هذا الرأي تمسكهم بالإقرار الثانى مع أن هذا الإقرار الثانى فيه نظر إذا غلبت على ظنه أنه إذا أنكر أعيد ضربه والرأى الراجح في المذهب هو عدم قبول الإقرارين لأنها صادران من مكره^(٢) .

٤٣٧ — ومن ادعى الإكراه لا تقبل دعواه لمجرد ادعائه ، لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن تكون هناك قرينة على صحة الادعاء ، كالقييد والحبس والقبض والوضع تحت الحراسة ، ففي مثل هذه الحالات تقبل دعوى الإكراه ولن يدعيه أن يثبت ، ويستوى في هذه الحال أن يكون القبض والحبس والقييد بحق أو بغير حق كحالة الحبس الاحتياطى ، وكحالة القبض بغير حق^(٣) .

(١) المبسوط للمرخسى ج ٩ ص ١٨٠

(٢) أسنى الطالب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . (٣) أسنى الطالب ج ٢ ص ٢٩٩

الملقى ج ٥ ص ٢٧٣ .

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقرب مجرمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقربها وقتل أو قطعت يده اقتصر ممن أكرهه^(١) .

٤٣٨ - رجوع المقر عن إقراره : وإذا كان الإقرار صادراً من غير

إكراه ، فعدل عنه المقر قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقاً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتمل لإسقاطه ، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل منه الرجوع عن إقراره بها ، وهذه القاعدة متفق عليها ، فإذا أقر بزنا ثم عدل عن إقراره لم يؤخذ بإقراره لأن الزنا متعلق بحقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات ويحتمل لإسقاطها أما إذا أقر بقتل أو جرح أو قطع أو إسقاط جنين ، فإنه يؤخذ بإقراره ولو عدل عنه لأن الجنایات الواقعة على النفس وما. ونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الآمين ولو أن بعضها يعاقب عليه بالقصاص ، ولو أن القصاص مما يحتمل فيه ويدرأ بالشبهات^(٢) .

لكن إذا ثبت أن الإقرار مكذوب فلا يؤخذ المقر بإقراره سواء عدل عنه أو لم يعدل ، وسواء كان متعلقاً بحقوق الله تعالى أو بحقوق الآدميين .

وعدول المقر عن إقراره لا أثر له أياً كان نوع الجريمة التي أقر بها مادامت الجريمة ثابتة قبل المقر بغير الإقرار كأن تكون ثابتة بشهادة الشهود .

الشهادة

٤٣٩ - الشهادة هي الطريق المعتاد لإثبات الجرائم ، وأغلب الجرائم

تثبت عن طريق الشهادة وأقلها يثبت بغير الشهادة من طرق الإثبات ، ولهذا كان للشهادة كطريق من طرق الإثبات أهمية كبرى في إثبات الجرائم .

والأصل في الشهادة الكتاب والسنة فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ واستشهدوا

شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٩ ، ١٩٠

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ حاشية الطباطبائي

ج ٣ ص ٣٤٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - المغني ج ٢ ص ٢٨٨ .

الشهداء ﴿ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ وأما السنة فاروى واثل بن حجر قال : جاء رجل من خضر موت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي : هي أرضي وفي يدي ، فليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه ^(١) .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن ابن محينة الأصغر أصبح قتيلاً على أبواب خيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقم شاهدين على من قتله أدمعه إليكم برمه ^(٢) » ويفرق الفقهاء في إثبات القتل والجراح بين الجرائم التي توجب عقوبة بدنية كالقصاص أو الجلد والحبس أو غيرها من العقوبات البدنية التعزيرية وبين الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية والغرامة .

٤٤٠ - الجرائم التي توجب عقوبة بدنية: العقوبة البدنية إما أن تكون القصاص وإما أن تكون عقوبة تعزيرية .

إثبات الجرائم الموجبة للقصاص : يشترط إتيان الجرائم الموجبة للقصاص بالشهادة أن يشهد بالجريمة رجلان عدلان ، ولا يقبل الفقهاء في إثبات هذا النوع من الجرائم شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة شاهد ويمين المجنى عليه وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له لدركه باشتراط الشاهدين المدلين كالحدود وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ^(٣) .

ويرى الأوزاعي والزهري أن الجريمة التي توجب القصاص تثبت بما تثبت به الأموال فيكفي في إثباتها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويؤيد الشوكاني هذا الرأى ^(٤) .

(١) المغني ج ١٢ ص ٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ - حاشية الطباطبائي ج ٣ ص ٢٢٠ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٠٥ المغني ج ١٠ ص ٤١ (٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

٤٤١ — ومن يشترط الشاهدين فيما يوجب القصاص لا يفرق بين القصاص في النفس والقصاص فيما دون النفس ، ويوجب في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص مطلقاً شهادة رجلين عدلين ، إلا مالكا فإنه لا يوجب شهادة المعدلين إلا في القصاص في النفس فقط ، أما إذا كان القصاص فيما دون النفس فيجيز مالك إثبات الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد واحد ويمين المجنى عليه ، ولا يقبس مالك الجراح بالأموال وإنما هو مبدأ أخذ به لأنه استحسناه ، وقد سئل ابن القاسم في هذا فقيل له لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال ؟ قال قد كملت مالكا في ذلك فقال إنه شيء استحسناه ، وما سمعت فيه شيئا^(١) .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك جواز شهادة المرأتين ويمين المدعى في جراح العمد ، ولا يرى البعض ذلك^(٢) .

والشاهدان اللذان ثبتت بشهادتهما الجريمة الموجبة للقصاص ليس أحدهما المجنى عليه فإذا كان شاهد واحد والمجنى عليه لم يكمل نصاب الشهادة لأن المجنى عليه يعتبر مدعياً لا شاهداً وأقواله تصلح لو ثابته أية قرينة ولكنها لا تقوم مقام الشهادة .

أما في حالة إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس بشاهد ويمين المجنى عليه تبعاً لرأى مالك فإن الجريمة تثبت بشهادة الشاهد الواحد ولا يعتبر المجنى عليه شاهداً ثانياً ولو أنه يؤدي اليمين لأنه لا يسأل كشاهد وإنما يحلف اليمين على صحة شهادة الشاهد فاليمين مقصود بها تقوية شهادة الشاهد .

وهناك من الفقهاء من لا يشترط نصاباً معيناً في الشهود فيكفي عنده لإثبات الجريمة للموجة للقصاص أن يشهد بها شاهد واحد إذا رجع القاضي صدق شهادته^(٣) والذين يشترطون شهادة رجلين في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ — شرح الزرقاني ص ٥٩ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤١ .

(٣) الطرق الحسكية ص ٦٦ — ٧٨ ، طرق الإثبات الشرعية ص ١٨١ .

لا يميزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عفى المجنى عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهى مال وما يوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبشهادة رجل ويمين المدعى على التفصيل الذى سنذكره فيما بعد ، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلاً هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصلح كلاهما حق ثابت للمجنى عليه أو وليه أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هى حق الجماعة وهذا لا يؤدى العفو أو الصلح فى العمد إلى جواز الإثبات بما يثبت به المال وفصلاً عن ذلك فإنه يجب أن يثبت للمجنى عليه حق القصاص قبل كل شئ حتى يثبت له العفو أو الصلح عن هذا الحق^(١) .

٤٤٢ - الجرائم التى توجب تعزيراً برئياً : — إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى مع القصاص فيشترط فى إثباتها ما يشترط فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص وقد بينا ما يشترطه الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم .

أما إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى دون القصاص فىرى الشافعى وأحمد أن الجريمة لا تثبت إلا بما تثبت به الجريمة الموجبة للقصاص أى بشهادة رجلين عدلين لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان فلا تثبت بما تثبت به الأموال من شهادة رجل وامرأتين وشهادة رجل ويمين المجنى عليه^(٢) .

٤٤٣ - الأصل عند مالك أن العقوبات البدنية لا تكون إلا بشهادة الرجلين ولكنه أجاز فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس أن تثبت بشهادة رجل واحد ويمين المجنى عليه وأوجب على الجانى فى الوقت نفسه عقوبة التعزير مع عقوبة القصاص^(٣) .

ومعنى هذا أن عقوبة التعزير البدنية تثبت والجريمة الموجبة لها بشاهد ويمين المدعى ويمكن القول بأن القصاص أشد من التعزير فإذا ثبتت الجريمة الموجبة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ - القنى ج ١٠ ص ٤٢ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦٠ - الإقناع ج ٤ ص ٤٤٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٤٧ .

القصاص بشاهد ويمين فأولى أن تثبت بذلك الجريمة الموجبة للتعزير ، كما يمكن القول بأنه إذا ثبتت الجريمة الموجبة للتعزير البدني في الجراح بشاهد ويمين فإن كل جريمة أخرى موجبة للتعزير البدني يصح أن تثبت بشاهد ويمين قياساً على هذا ويرى بعض المالكية التعزير في بعض الجرائم بشهادة شاهد واحد دون يمين^(١)

٤٤٤ - والأصل في مذهب أبي حنيفة أن العقوبات البدنية لا تثبت بأقل من شاهدين عدلين ولكنهم يميزون في التعزير أن يكون أحد الشاهدين هو المجنى عليه ويقبلون فيه شهادة رجل وامرأتين على خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه بل يرون أنه يكفي للتعزير شهادة شاهد واحد عدل^(٢) أو شهادة المدعى وحده مع نكول الجاني عن اليمين^(٣) والنكول ليس إلا قرينة تقوى شهادة المجنى عليه الذي لا يعتبر في الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة ، كذلك يميزون إثبات جرائم التعزير بالشهادة على الشهادة بل يكتفون في التعزير بعلم القاضي^(٤) .

٤٤٥ - إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة مالية : تثبت الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية أو الغرامة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى وكل ما شرع فيه اليمين والشاهد يثبت بشهادة الشاهد ونكول المدعى عليه^(٥) وهذا هو رأي الشافعي وأحمد وحجتهم أنها شهادة عكس ما يقصد به المال والمال يثبت على هذا الوجه فوجب أن تقبل هذه الشهادة في كل قتل أو جرح موجب للمال كما يقبل في البيع والإجارة ولانقاس الشهادة في الجنابة الموجبة للمال بالشهادة في الجنابة الموجبة للقصاص ، لأن القصاص عقوبة محتاط لإسقاطها ، ودرئها فاحتيط في الشهادة على أسبابها^(٦) .

(١) تبصرة المحكام ج ١ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٣ ص ٢١٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٦٠ .

(٥) المغني ج ١٢ ص ١٢ .

(٦) المغني ج ١٠ ص ٤٢ - أسنى الطالب ص ١٠٥ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٦ .

ويرى بعض الخنابلة أن الجناية سواء أوجب القصاص أو غير القصاص لا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا بشهادة رجل واحد ويمين المدعى وإنما تثبت بشهادة رجلين كما يثبت القصاص والحدود فلا معنى للفرقة بين جنايتين من نوع تقعان على آدمي^(١).

ويرى المالكيون أن الجرائم التي توجب عقوبة مالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى أو شهادة امرأتين ويمين المدعى^(٢).

٤٤٦ - ويختلف رأى الشافعى وأحمد عن رأى مالك في أن مالكا يجيز شهادة المرأتين واليمين ولا يميزها الشافعى وأحمد وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل في الأموال فيقام مقامه فيما يوجب المال من الجرائم وحجة الشافعى وأحمد أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة . وأن شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بشهادة الرجل معهما واليمين ضعيفة ، فلو شهد المرأتان مع اليمين لضم ضعيف إلى ضعيف^(٣).

٤٤٧ - ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن ما يوجب المال يثبت بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ولا يثبت بشاهد ويمين ولا بامرأتين ويمين^(٤) وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فمن زاد على ذلك فقد زاد على النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعى ويرد على الحنفيين بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد واليمين وأن الزيادة في النص ليست نسخاً وإنما هي تعزيز له وأن الحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه وأن الآية واردة في شهادة التحمل لافي شهادة الأداء ولذا قال تعالى

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤٢ - المغنى ج ١٢ ص ٩ (٢) تبصرة الحكام ج ٩ ص ٢٤١ .

(٣) المغنى ج ١٢ ص ١٣ (٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٦٠ حاشية

الطحاوى ج ٣ ص ٢٢١ .

﴿ أن تَضِلَّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ فالنزاع في الأداء لافي التحمل .
والحديث الذي يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن
اليمن تشرع في الحق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الأمانة لظهور
خيانتهم وفي حق الملاءن وفي القسامة وغير ذلك^(١)

ولقد شرعت اليمن من جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعى
بشيء إلا مجرد الادعاء ، ففي هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أولى باليمن
لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل فإذا
ترجح جانب المدعى بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمن لقوة
جانبه بذلك فاليمين مشروعة إذن في جانب أقوى المتداعين^(٢) .

ويلاحظ أن الجرائم التي توجب عقوبة تعزيرية مالية تثبت عند الحنفية
بما تثبت به الجرائم التي توجب عقوبة تعزيرية بدنية فلا فرق في إثبات الجرائم
التعزيرية ولو تنوعت عقوباتها واختلفت .

ويلاحظ أيضاً أن الحنفيين يتشددون في إثبات الجرائم الموجبة للحدود
والقصاص والعقوبات المالية غير التعزيرية بينما يتساهلون في إثبات الجرائم الموجبة
لعقوبة تعزيرية بل إنهم يتساهلون في إثبات هذا النوع من الجرائم أكثر مما
يتساهلون في إثبات العقود المالية المحضة ولعل مرجع ذلك التساهل إلى أن
الجرائم التعزيرية هي أكثر الجرائم وقوعاً والعقوبات التعزيرية هي أكثر
العقوبات تطبيقاً فوجب التساهل في إثبات هذه الجرائم حرصاً على مصلحة
الجماعة وصيانة لنظامها .

٤٤٨ - ويرى ابن القيم أن الجرائم الموجبة للعقوبات المالية تثبت بشهادة
شاهد واحد دون يمين كما وثق به القاضي^(٣) .

ويميز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة وبقبول مثل

(١) المقتى ج ١٢ ص ١٠ ، ١١ (٢) الطرق الحكيمة ص ٦٦ - ٧٥ .

(٣) الطرق الحكيمة ص ٦٦ ، ٨٨ .

هذه الشهادة في إثبات نفس الجريمة كشهادة المعلم على الجرائم التي تقع بين الصبيان وكشهادة المرأة على جريمة وقعت في حمام ويقبلون شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة كذلك في إثبات أثر الجريمة ونتائجها كشهادة الطبيب أو الداية على أن الضرب أحدث جرحاً داخلياً بالرحم وكشهادة الطبيب بأن الضرب أو الجرح نشأ عنه فقد منفعه عضو من الأعضاء .

ويقبل الفقهاء شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة سواء كانت الجريمة مما يوجب عقوبة بدنية كالقصاص أو عقوبة مالية كالدية^(١) .

٤٤٩ - ولا تثبت الجريمة بالشهادة إلا مع زوال الشبهة وانتفاء الشك فيجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة فإذا لم تكن كذلك بطلت الشهادة مالم يكن بعض الشهادة ميقتاً في هذه الحالة يثبت القدر المتيقن فمن شهد بأنه رأى جماعة يضربون شخصاً قطع ذراعه أثناء الحادث ولم يشهد بمن قطع الذراع ، فلا يثبت قطع الذراع ضد أحدهم ولكن يثبت الضرب عليهم لأنه القدر المتيقن أى للقطوع به في أقوال الشاهد . ومما يؤثر في هذا الباب أن شريفاً شهد عنده رجل بالقتل فقال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه فأعاد الرجل قوله الأول فقال له شريح قم فلا شهادة لك^(٢) .

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة : - القسامة معناها لغة القسم أى اليمين وهى تعنى أيضاً الوسامة فيقال فلان قسم أى وسيم ، ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون سُمُّوا باسم المصدر كما يقال رجل رضى ورجل عدل . ومعنى القسامة فى اصطلاح الفقهاء الأيمان المكسرة فى دعوى القتل ، يقسم

(١) تبصرة المحكم ج ٩ ص ٢٥٨ ، ٢٦٢ - حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٢٢١ ،

٢٣٥ أسنى الطالب ج ٤ ص ٣٦٠ ، ٣٦٣ - المفتى ج ١٠ ص ١٥ ، ١٨ .

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٤٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٠٥ .

(٢١) - التفسير الجنائى الإسلامى (٢)

بها أولياء القتل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه^(١)
 مصدر القسامة الشرعي :- كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات
 في الجاهلية فأقرها الإسلام ، فقد روى أحمد ومسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبد
 الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة
 على ما كانت عليه في الجاهلية .

وعن سهل بن أبي حمة قال انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى
 خيبر وهي يومئذ صلح ففترقا فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في
 دمه قتيلًا فدفعه ثم قدم إلى المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحبيصة وحوبيصة
 ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال كبر كبر
 وهو أحدث القوم فسكت فتكلما فقال آتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟
 فقالوا كيف نحلف ولم نشهد شيئاً ولم نر ؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً فقالوا
 كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فمعه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده رواه الجماعة . وفي
 رواية متفق عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم
 فيدفع برمته فقالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ،
 قالوا يا رسول الله قوم كفار وذكر الحديث بنحوه وهو حجة لمن قال لا يقسمون
 على أكثر من واحد وفي لفظ لأحمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسمون
 قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يميناً ثم تسلمه .

وفي رواية متفق عليها فقال لم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة
 قال فيحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وآله
 وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة^(٢) وروى الإمام أحمد عن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٩٨ - المغني ج ١٠ ص ٢
 طرق الإثبات الشرعية ص ٤٨٤ - نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .
 (٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

أبي سعيد الخدري قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فأتاهما إلى أقربهما أي حملهم ديتة وكذلك روى عن عمر رضي الله عنه في قتيل وجد بين وازعة وأرحب وكتب إليه عامله بذلك فكتب إليه عمر أن قس بين القريتين فأيهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتيل إلى وازعة أقرب فأنزمو القسامة والدية^(١) وأخرج عبد الرزاق وابن شعبة والبيهقي عن الشعبي أن قتيلاً وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلقهم عمر خمسين يميناً كل رجل ما قتله ولا علمت له قاتلاً ثم أغرمهم الدية فقالوا يا أمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت من أيماننا فقال عمر كذلك الحق وأخرج نحوه الدارقطني والبيهقي عن سعيد بن المسيب وفيه أن عمر قال إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم^(٢) وفي رواية أخرى أنهم قالوا أنبئنا أموالنا وأيماننا؟ فقال عمر أما أيمانكم فالحقن دماكم وأما أموالكم فلو جود القتيل بين أظهركم^(٣).

وأخرج البخاري والنسائي عن ابن عباس أن أول قسامة كانت في الجاهلية في بني هاشم، كان رجل من بني هاشم استأجره رجل من قريش من نخذ أخرى فانطلق معه في إبله فمر به رجل من بني هاشم قد انقطعت عروة جوالقه فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقي لا ينفر الإبل، فأعطاه عقلاً فشده به عروة جوالقه فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيداً واحداً فقال الذي استأجره ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل؟ قال ليس له عقال فأين عقاله؟ فخذفه بعضاً كان فيه أجله، فمر به رجل من أهل اليمن فقال: أتشهد الموسم قال ما أشهده وربما شهدته، قال هل أنت مبلغ عني رسالة مرة من الدهر؟ قال نعم، قال فإذا شهدت فناد يا قريش فإذا أجابوك فناد يا آل بني هاشم فإن أجابوك فسل عن ابن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢ - طرق الإثبات الصرعية ص ٤٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .

أبى طالب فأخبره أن فلاناً قتاني في عقال ومات المستأجر فلما قدم الذى استأجره أتاه أبو طالب فقال ما فعل صاحبنا قال مرض فأحسنّت القيام عليه ووليت دفنه قال قد كان أهل ذاك منك فكث حيناً ثم إن الرجل الذى أوصى إليه أن يبلغ عنه فى الموسم فقال يا قريش قالوا هذه قريش قال يا آل بنى هاشم قالوا هذه بنو هاشم قال أين أبو طالب ؟ قالوا هذا أبو طالب ، قال : أمرنى فلان أن أبلغك رسالة إن فلاناً قتله فى عقال فأناه أبو طالب فقال اخترمنا إحدى ثلاث إن شئت أن تؤدى مائة من الإبل فإنك قتلت صاحبنا وإن شئت حلفت خمسين من قومك أنك لم تقتله ، فإن أبيت قتلناك به فأنى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف ، فأتته امرأة من بنى هاشم كانت تحت رجل منهم وكانت قد ولدت منه فقالت : يا أبا طالب أردت خمسين رجلاً أن يحلفوا مكان مائة من الإبل فيصيب كل رجل منهم بعيران ، هذان البعيران فاقبلهما منى ولا تعبر يميني حيث تعبر الأيمان فقبلهما وجاء ثمانية وأربعون حلفوا قال ابن عباس فوالذى نفسى بيده ما حال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف^(١) .

٤٥١ - اختلاف الفقهاء فى شرعية القسامة : وبالرغم من النصوص السابقة

فإن الفقهاء اختلفوا فى القسامة فرأى الجمهور أن يعتبر القسامة كطريق من طرق الإثبات فى جريمة القتل وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهرى والمذهب الشيعى وأنكر بعض الفقهاء القسامة ومنهم سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عليه ، ويرى هؤلاء أنه لا يجوز الحكم بمقتضى القسامة لأنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامى إذ الأصل فى الشريعة أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٢ ، ٣١٣ - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٧٨ -

يكونون في بلد والقتيل في بلد آخر^(١) ومن حجبتهم أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة السماء وأن البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر ولا يرى أصحاب هذا الرأي في الأحاديث التي يستند إليها القاتلون بالقسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة حكماً جاهلياً فتعطف لهم رسول الله ليريمهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ولذلك قال لهم أمخلفون خمسين عينا أعنى لولاء الدم وهم الأنصار قاتلوا كيف تحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قاتلوا كيف تقبل أيمان قوم كذا قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القسامة بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى^(٢).

ويرد الفريق الآخر على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر، ولأن للإنسان أن يحلف على غالب ظنه كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه وكذلك

(١) لذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة القوم وقالوا نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبت للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب رؤساء الاجناد أرايت لو أن حسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا، قلت أرايت لو أن حسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق محمد بن ولم يروه أكنت تقطعه قال لا. وفي بعض الروايات قلت فإياهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلاناً قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الحسين الذين أقسموا (بداية المجتهد ج ٢

ص ٣٥٧ - طرق الانبأ الشرعية ص ٤٩٠).

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٨.

إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه جاز أن يحلف ولو أنه لا يعلمه أو لا يذكره وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ولكن الحالف على كل حال لا يحلف إلا بعد الإثبات وغلبة ظن يقارب اليقين^(١)

٤٥٢ - وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الأيمان سبيلاً لإشادة الدماء أى إهدارها ما دامت الأيمان تؤدي إلى إثبات الجريمة على الجاني لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » وفي رواية مسلم « يسلم إليكم » وفي لفظ « وتستحقون دم صاحبكم » وأراد دم القاتل لأن دم القاتل ثابت لم قبل اليمين وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمدة فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العائد كالبنينة سواء بسواء وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة في الطائف وهذانص ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى^(٢) على أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أن القسامة تؤدي للقصاص بل يرون أنها توجب الدية فقط فالقسامة على رأى هؤلاء لا تؤدي لإشادة الدماء.

٤٥٣ - وأما أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. فإن بعض القائلين بالقسامة لا يخرجون على هذا الأصل كالحنفيين فإنهم يرون اليمين دائماً في جانب المنكر حتى في القسامة فيحلفون المدعى عليه ، وأما القائلين بتحليف المدعى فالقاعدة عندهم أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعين فأى الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته وقد ثبتت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولاً على المدعين فلما أبوا جعلها في جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت في جانب المدعين لأن جانبهم ترجح باللوث^(٣) واليمين تكون

(١) المرح الكبير ج ١٠ ص ٥٠

(٢) المرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠

(٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ١١٨ - المرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨ وما بعدها .

في جانب المدعى عليه إذا لم يترجح المدعى بشيء غير الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوله بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته فإذا ترجح المدعى بلوث أو بنكول أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعين فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين في حقه^(١).

وفضلاً عما سبق فإن حديث البيهقي على من ادعى واليمين على من أنكر روى عن ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بالصيغة الآتية (البيهقي على المدعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة) فاستثنى الحديث القسامة وهذا الاستثناء زيادة في الحديث يبين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة^(٢).

٤٥٤ - لماذا شرعت القسامة؟ الأصل في القسامة أنها شرعت لحفظ الدماء

وصيانتها فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ولما كان القتل يكثر بينما نقل الشهادة عليه لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت القسامة حتى لا يفلت المجرمون من العقاب وحتى تحفظ الدماء وتأمين^(٣)

ولقد كان من حرص الشريعة على حيطة الدماء ما دعا أحمد إلى القول بأن من مات من زحام الجمعة أو في الطواف فدتيه في بيت المال وبمثل هذا قال إسحق وقال عمر وعلى فإن سعيداً يروى عن إبراهيم أن رجلاً قتل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعطه دية من بيت المال وقال الحسن والزهرى فيمن مات من الزحام دية على من حضر لأن قتله حصل منهم^(٤)

(١) الطرق الحسكية ص ٧٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣١ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٨ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ١٠٠٩ .

ولعل في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قرر القسامة ما يؤيد هذا النظر ففي رواية متفق عليها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم تأتون بالبيعة على من قتله فقالوا مالنا من بيعة قال فتهلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فودا بمائة من إبل الصدقة^(١) وهذا ما جعل الحنابلة يرون أنه إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا بعين المدعى عليه فداء الإمام من بيت المال وما جعلهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف

٤٥٥ - والقسامة عند أبي حنيفة شرعت فوق ما سبق لعلاج التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل فمن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحللاً على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولهذا يرى أبو حنيفة أن القتل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد فيتهمون أنهم قتلوه وعليهم شرعاً القسامة دفعاً بالتهمة والدية لوجود القتل بين أظهرهم^(٢).

٤٥٦ - هل شرعت القسامة للإثبات أم للنفى؟ يرى مالك والشافعي وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجاني كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجاني فإذا لم يكن مثلاً إلا شاهد واحد على القاتل أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاية القتل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن القسامة ليست دليلاً مثبتاً للفعل المحرم وإنما هي دليل

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣١٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٠ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٦ - المغني ج ١٠ ص ٧

نفي لأهل الحلة التي وجد فيها القتل لأن المدعين طبقاً لرأيه لا يحلفون وإنما يحلف أهل الحلة بالله ما قتلوه ليدرعوا عن أنفسهم القصاص وفي الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتل بين أظهرهم وبأخذ أبو حنيفة بهذا الرأي لأنه يرى أن البيعة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر فإذا لم يعترف أحد أهل الحلة بالقتل وأنكروا كانت عليهم القسامة لأنهم مدعى عليهم وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم فتكون القسامة دليل نفي لهم^(١).

٤٥٧ - الجرائم التي تجوز فيها القسامة : من المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا في جريمة القتل فقط فلا قسامة في جرح ولا في قطع عضو أو فقد منفعة ولا قسامة في ضرب أو إيذاء أو اعتداء أيا كان نوعه مالم يؤد للموت . ويستوى أن يكون القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ ففي كل قتل أيا كان نوعه القسامة^(٢).

مضى تكون القسامة ؟

لا محل للقسامة عند أبي حنيفة إلا إذا كان القاتل مجهولاً فإن كان معلوماً فلا قسامة ويتبع في إثبات الجريمة ونفيها طرق الإثبات العادية^(٣).

٤٥٨ - أما مالك والشافعي وأحمد فحل القسامة أن يكون القاتل معيناً وأن يكون هناك لوث فإن كان القاتل مجهولاً فلا قسامة عند الأئمة الثلاثة ولكن الغزالي وهو من الفقهاء الشافعيين يرى أن لا بأس من أن يكون القاتل مجهولاً بين معينين فإن حكمه حكم المعلن كما إذا اتهم ولي القتل عشرة وقال القاتل أحدهم^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩١ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ - نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٧٢ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٨٨ .

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٨ - المغني ج ١٠ ص ٤ .

واللوث عند مالك والشافعى هو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعى^(١) أو هو قرينة توقع في القلب صدق المدعى^(٢) كوجود جثة القتيل في محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين وقوله واحد ممن قبل شهادته لوث .

وهناك خلاف بين المالكية والشافعية على ما يعتبر لوثاً فالمالكية يعتبرون ادعاء الجنى عليه على المتهم قبل وفاته لوثاً ولا يعتبره الشافعيون كذلك والإشاعة المتواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين^(٣) .

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كتحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة والأصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله .

واللوث على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعى كالعداوة المذكورة سابقاً وكان يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم وكان يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل وكان يوجد قتيل ولا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله وهذا الرأي الثانى موافق بما يراه مالك والشافعى^(٤) وتعدد اللوث لا يمنع من القسامة كما لو قال الجنى عليه قبل موته قتلتى فلان وكان هناك شاهد عدل يشهد بأنه رأى المتهم يقتل الجنى عليه فالقسامة واجبة مع تعدد اللوث ولا ينفى تعدد اللوث عنها إلا عند من يأخذون بالقرائن ويرونها كافية وحدها لإثبات الجريمة^(٥) وإذا وجد قتيل ولم يكن لوث فلا قسامة عند مالك والشافعى وأحمد وإن عين أولياء القتيل والدعوى في هذه الحالة كسائر الدعاوى إن كانت بينة

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦٩ ، ٣٧١ - شرح الزرقانى ج ٥٠٨ ، ٥٥٠ ، ص .

(٤) المفتى ج ١٠ ص ٧ ، ١٢ (٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ .

حكم للمدعين بها وإن كان إقرار حكم به وإلا فالقول قول المنكر ، وهذا يخالف مذهب أبي حنيفة الذي يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل .

٤٥٩ - وإذا ادعى أولياء القتل القتل ولم توجد الجثة في محل المدعى عليهم ولم تكن عداوة ولا لوث فلا قسامة عند الجميع . ويرى البعض في هذه الحالة أن لا يحلف المدعى عليه وحجة القائلين بهذا أن الدعوى لا يقضى فيها بالنكول فلا يستحلف فيها كالحدود ويرى البعض أنه يستحلف والقائلون بهذا يحتاجون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ويرون أن النص يوجب اليمين لعومومه وأن النص صريح في انطباقه على دعوى القتل حيث يقول لادعى قوم دماء رجال وأموالهم وادعاء لدماء هو ادعاء القتل . والقائلون بهذا يختلفون فبعضهم يرى أن يحلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأي الراجح والبعض يرى أن يحلف بخمين يميناً وهو الرأي المرجوح . فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيرى البعض أنه لا يجب عليه شيء بنكوله ويرى البعض أن النكول لا يجب به غير الدية ويرى البعض أن ترد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه فتكون قسامة ويحلف المدعون خمسين يميناً لأن النكول يعتبر لوثاً في هذه الحالة فتتوفر شروط القسامة (١).

٤٦٠ - وظاهر مما سبق أن القسامة تكون عند مالك والشافعي إذا علم القاتل وانعدمت البيعة المثبتة للقتل وكان لوث ، فإن كانت بيعة ثبتت القتل أو كان إقرار فلا قسامة ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل .

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبها مع توفر الدليل على القتل وذلك في حالة ما إذا أصيب الجاني عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستعز وقتاً ما يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتل يحلفون

إلا أن القتل مات من إصابته وهذا النوع من القسامة ليس إلا دليلاً من نوع خاص على أن الوفاة نشأت عن الإصابة وليس له معنى في عصرنا الحاضر بعد أن أصبح الأطباء قادرين على تعيين سبب الوفاة .

أما القسامة عند أبي حنيفة فلا تكون إلا إذا وجدت جثة القتيل في محلة وكان القاتل مجهولاً وهي ليست دليلاً على القتل وإنما هي دليل نفي لأهل المحلة التي وجد فيها القتيل فهم يحلفون بالله ما تأكلوه ليدرأوا عن أنفسهم القصاص وتجب عليهم الدية في الوقت ذاته لوجود القتيل بين أظهرهم .

والقسامة عند ابن حزم تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولأهـ الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً فإن هم حلفوا على العمد فأنقذوا ، وإن حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلاً^(١) .

فالقسامة عند ابن حزم تجمع بين مذهب أبي حنيفة ومذهب مالك والشافعي وأحمد فيأخذ من مذهب أبي حنيفة سبب وجوب القسامة ، ويأخذ من مذهب الأئمة الثلاثة كيفية القسامة .

٤٦١ - والقسامة عند أبي حنيفة أشبه ما تكون بما تفعله جيوش الاحتلال في البلاد المحتلة في عصرنا الحاضر في حالة الاعتداء على رجال الجيش المحتل وفي حالة الثورات إذ تفرض غرامة على كل قرية قتل فيها جندي لم يعلم قاتله أو ارتكبت فيها جريمة هامة لم يعلم مرتكبها ، وتحصل الغرامة من جميع سكان القرية على السواء .

والواقع أن القسامة عند أبي حنيفة تعتبر بحق وسيلة طيبة لإظهار الفاعلين في حوادث القتل لأن أهل القرية إذا علموا أنهم سيلزمون دية القتيل الذي لا يظهر قاتله اجتهدوا في منع المشبوهين من الإغارة بين ظهرانيهم وأخذوا على أيدي سفهائهم ومجرميهم كما أن كل من كان لديه معلومات عن القتل سابقة أو

لاحقة لن يتأخر في الغالب عن تبليغها للجهات المختصة بل إنهم قد يحملون الذنوب على أن يقدم نفسه ويعترف بجرمه .

٤٦٢ - كيفية القسامة : القسامة عند مالك والشافعي وأحمد على أربعين

القتيل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يحلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم » وعلى هذا أن يحلف أولياء القتيل ابتداءً خمسين يميناً .

ويستحب أن يستظهر في ألفاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول الحالف والله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، فإن اقتصر على لفظ والله كفى ، ويصح أن يقول والله أو بالله وتالله وكل مازاد على هذا تأكيداً ، ويشترط في اليمين أن تكون على اللب وأن تكون قاطعة في ارتكاب المتهمة الجريمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجاني تعمد الفعل أم لم يتعمده فيقول مثلاً « والله إن فلاناً ابن فلان قتل فلاناً منفرداً بقتله ما شركه غيره ، وإن كانا اثنين قال ، ومنفردين لقتله ما شركهما غيرهما ثم يقول عمداً أو خطأ » .

فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ويشترط في يمين المدعى عليه ما يشترط في يمين المدعى من البت والقطع ببراءته فيقول مثلاً والله ما قاتلته ولا شاركت في قتله ولا فعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً في ولا معيناً على موته .

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برىء المتهمون وكانت دية القتيل في بيت المال على رأى أحد ، وهو رأى لا يأخذه بقية الأئمة . وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأى فيذهب أحد ولم يحبسوا على رأى الآخر ، وحبسوا المدة سنة على رأى مالك ، فإن لم يحلفوا عذروا - أما الشافعي فيرى أن ترد الأيمان على المدعين فإن لم يحلفوا فلا شيء على المدعى عليهم ، وإن حلفوا وجبت العقوبة على المدعى عليهم ^(١) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٥ ، ٥٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٣ - الشرح الكبير

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل المحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية وعنده أن الحلف لحقن دماء الحالفين لأن حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف في المحلة عائد عليهم وهم المتهمون في القتل فكانت القسامة والدية عليهم^(١) ويحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة والله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، وإذا امتنع المدعى عليهم عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ولكن امتناعهم لا يسقط عنهم الدية^(٢) .

٤٦٣ - من يرغل القسامة : يدخل القسامة على رأى الشافى كل الورثة سواء كانوا رجالاً أو نساء فتدخل الزوجة والبهنت كما يدخل الإبن والزوج وتوزع الأيمان عليهم بحسب نصيبهم من الإرث . ويحيز الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبع فضلو حلف تسعة وأربعين حلف كل يميناً . وفي قول يحلف كل من الورثة خمسين يميناً لأن العدد يعتبر كيمين واحدة ، فإذا ردت اليمين على المدعى عليهم حلف كل واحد منهم خمسين يميناً كاملاً^(٣) .

٤٦٤ - حرقى مذهب أحمد روايته : - أو وهما : أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم وبالرجال دون النساء ، فعلى هذه الرواية تقسم الأيمان بين الورثة من الرجال سواء كانوا من ذوى الفروض أو العصباء كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كان واحداً حلفها وحده ، فإن انقسمت الأيمان في حالة التعدد من غير كسر مثل أن يرث المقتول ابنان أو أخ وزوج حلف كل منهما خمساً وعشرين يميناً ، وإن كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن ، يحلف الزوج ثلاثة عشر يميناً والإبن ثمانية وثلاثين يميناً لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المكسرة في حق كل واحد منهم ، وهناك من يرى أن يحلف كل وارث

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٩ .

خمسین يميناً سواء تساوا في الميراث أو اختلفوا فيه لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى^(١).

نائبهما : - أن يحلف من العصبة خمسون رجلاً كل واحد يميناً وهو قول مالك ، وعلى هذا يحلف الوارثون من العصبة ، فإن لم يبلغوا خمسین تمموا من سائر العصبة الأقرب منهم فالأقرب^(٢).

٤٦٥ - ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد ، ففي الخطأ يحلف أيمان القسامة من يرث القتل ، وإن كان واحداً ولو أخاً لأم أو امرأة ، وإذا تعدد الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه فإن كان وارث واحد حلف الأيمان كلها وتجر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها ، ولو كان صاحب الكسر الأكبر أقل نصيباً في الميراث كابن وبنت ، على الابن ثلاثة وثلاثون يميناً وثلاث ، وعلى البنت ستة عشر يميناً وثلاثان ، فتحلف البنت سبعة عشر يميناً والابن ثلاثة وثلاثين .

أما في العمد فلا يحلف إلا العصبة ، ولا يحلف في العمد أقل من رجلين من العصبة ويستوى أن يكون العاصب وارثاً أم غير وارث ولا تحلف النساء في العمد ، وللولي إن كان واحداً أن يستعين بعاصبه هو ولو لم يكن عاصباً للقتيل كأمراة مقتولة ليس لها عصبة غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم^(٣).

٤٦٦ - ويرى أبو حنيفة أن القسامة لا تجب إلا على الرجال فلا تجب على صبي ولا مجنون ولو وجد القتل في ملك أحدهما ، لأن القسامة يمين لا ليسا من أهل اليمين ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة ومن أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتل في ملكهما وهناك خلاف في هذا المذهب على ما إذا كانا يدخلان في الدية مع العاقلة ، فيرى

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢) الفرح الكبير ج ١٠ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧ .

البعض دخولها لأنهما مؤاخذان بالضمان إلى لأفعالها وهو الرأي الراجح ، أما إذا وجد القاتل في ملك غيرها فن المتفق عليه أنهما لا يدخلان في الدية مع العاقلة . ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قاتل وجد في غير ملكها لأن وجوبها بطريق الفسرة وهي ليست من أهلها وإن وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها فعليها القسامة فتستجلف ويكرر عليها الأيمان على الرأي الراجح ^(١) .

ما يجب بالقسامة : - تجب الدية بالقسامة في الخطأ وشبه العمد وهذا متفق عليه .

٤٦٧ - أما في العمد فيرى مالك أن القصاص يجب بالقسامة إذا كان المتهم واحداً ، فإذا تعدد المتهمون وجب القصاص بالقسامة على واحد فقط بعينه أولياء القاتل ويحلفون أنه مات من ضربه أو جرحه ، ويرى ابن رشد أنه يجوز أن يقتص بالقسامة من أكثر من واحد إذا اختلفت الأفعال التي أدت للقتل كمن يمسك شخصاً لآخر ثم يقول له اضربه اقتله فيفعل ذلك ، فإنهما يقتلان معاً بالقسامة لأن الموت كان نتيجة لفعليهما معاً .

ولأن فعل كل منهما يخالف فعل الآخر ، أما إذا اتحد الفعل المؤدى للموت فلا يقتص إلا من واحد ^(٢) .

٤٦٨ - ورأى الشافعي القديم جواز القصاص بالقسامة في العمد ولكن رأيه الآخر أنه لا تجب بالقسامة إلا الدية سواء كان الفعل عمداً أو شبه عمد أو خطأ والرأي الأول قائم على قول الرسول صلى الله عليه وسلم « تستحقون دم صاحبكم » . والرأي الثاني قائم على قوله « إما أن يدوا صاحبكم ، أو يؤذنوا بحرب من الله ورسوله » وقد فسرت عبارة دم صاحبكم ببذل دم صاحبكم جمعاً بين الدليلين ^(٣) ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب بعد القسامة إلا الدية في العمد وغير العمد لأن القسامة جملة لحقن دماء المدعى عليهم .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٩ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٥ .

ويرى أحد أن يقتصر بالقسامة في العدم لما يمنع مانع شرعى من القصاص^(١).

٤٦٩ — شروط القسامة : — لا تجب القسامة إلا إذا توفرت الشروط الآتية :

أولاً : أن يثبت أن للموت نتيجة القتل ، فإن كان مات حتف أنفه أو

تساوى احتمال موته حتف أنفه بموته قتيلاً فلا قسامة .

ثانياً : أن يكون لوث طبقاً لما يراه مالك والشافعى وأحمد وقد بينا معنى اللوث فإن لم يكن لوث فلا قسامة . أما أبو حنيفة فلا يشترط إلا أن توجد الجثة في محله وبها أثر القتل ، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة ، وإذا أصيب القتيل بجرح في محلة فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبي حنيفة ولا يراها أبو يوسف بحجة أنه أصيب في المحلة ولم يميت فيها ولا قسامة فيما دون النفس . ويرد عليه بأن القتيل مات من الجراحة فكأن الجراحة وقعت قتلاً من وقت حدوثها .

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القتيل أكثر بدنه فإن وجد ففيه القسامة والدية لأن للأكثر حكم الكل فيسمى قتيلاً ، أما إذا وجد عضو من أعضائه فلا قسامة فيه ولا دية ، وإن وجد النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية . ولا يشترط بقية الأئمة هذه الشروط فالقسامة واجبة سواء وجد كل الجثة أم وجد بعضها^(٢) .

ثالثاً : أن لا يعلم القاتل عند أبي حنيفة فإن علم فلا قسامة . أما عند مالك والشافعى وأحمد فيشترط للقسامة تعيين القاتل ، فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيل بدعواهم أى باتهامهم لأن الدعوى لا تسمع على غير معين عند مالك والشافعى وأحمد ، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبي حنيفة ولا تجب اليمين قبل الدعوى والاثام^(٣) .

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٩ — الإقناع ج ٤ ص

٢٤٤ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

خامساً : أن لا يكون هناك ادعاء متناقض كأن يكون الأولياء قد ادعوا على شخص أنه انفراد بالقتل ثم عادوا فادعوا على آخر بأنه هو القاتل أو كأن يدعى بعض الأولياء أن شخصاً هو القاتل ويبرئه البعض الآخر من القتل أو يدعوه على غيره ، فإذا وجد مثل هذا التناقض امتنعت القسامة ، ويشترط في التناقض المانع من القسامة أن يكون بحيث ينفي الاتهام عن المتهم .

سادساً : أن ينسكرك للمدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا به فلا قسامة .

سابعاً : ويشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى ، وحق المدعى يوفى بطلبه ولذا كان الاختيار في حال القسامة لأولياء القتل لأن الأيمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمون ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يخافون كذباً ، وإذا طولب من عليه القسامة باليمين فنسكل عنها حبس حتى يحلف أو يقر لأن اليمين حق مقصود لنفسه وليست وسيلة للدية إذ الدية مفروضة مع اليمين ويرى أبو يوسف أن لا يجبس الناكل ويحكم بالدية^(١) .

ثامناً : ويشترط أبو حنيفة أيضاً أن يكون الموضع الذى وجدت فيه الجثة ملكاً لأحد وفى يد أحد ، فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا فى يد أحد فلا قسامة ولا دية .

وإذا وجدت الجثة فى مكان عام التصرف فيه للعامة لا لجماعة محصورين لا تجب القسامة وتجب الدية من بيت المال .

٤٧٠ - وإذا وجد القتل فى فلاة لا يملكها أحد فلا قسامة ولا دية إذا

كانت بحيث لا يسمع الصوت فى القرى والأهصار القريبة ، فإذا كانت بحيث يسمع الصوت وجبت القسامة والدية على أقرب الموضع إلى الجثة ، وإذا كان المكان قريباً من عدة قرى وجبت القسامة والدية على أقرب القرى إليه ، وإن كان المكان قريباً من المصر فعلى أقرب أحياء المصر الدية والقسامة وهذا هو قضاء عمر بن الخطاب .

ولا قسامة في قتيل وجد في المسجد الجامع ولا في الشوارع أو الجسور أو الطرق العامة لأنها محلات عامة بمعنى الكلمة وتجب الدية في بيت المال .
ولا قسامة في قتيل وجد في سوق عامة إلا إذا كان السوق ملكاً لفرد أو أفراد أو مستأجراً لهم .
واختلف في قتيل السجن فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر ^(١) .

القرائن

٢٧١ — عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها ، وبنى الكثير من أحكام الشريعة على أساس القرائن ، من ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة سواء وجد لوث أم لم يوجد فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتل في محلة المتهمين لأن وجود الجنة في المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها ، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل ، فروية شخص على مقربة من الجنة ملوث بالدماء لوث وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل . ومن ذلك النكول عند من يرى أن النكول يؤدي إلى إثبات الجريمة ، فإن ثبوت الجريمة عن طريق النكول إثبات بالقرينة إذ النكول ليس إلا قرينة على أن الاتهام الموجه للمتهم صحيح ^(٢) .

ومن ذلك إثبات الزنا بالحمل ، فإن الحمل قرينة على الوطء المحرم المعتبر زناً ^(٣) .
ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم ، فإن ثبوت الجريمة أساسه القرينة الاستفادة من انبعاث رائحة الخمر من فم المتهم والتي تفيد أنه شرب الخمر ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٦ - المغني ج ١٠ ص ٦ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ وما بعدها

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ المغني ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣٢٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - الطرق الحكيمة ص ٦

ومن ذلك ثبوت السرقة على من يوجد في حيازته المال المسروق وأساس الثبوت هنا هو القرينة المستفادة من وجود المال في حيازة المتهم والتي تدل غالباً على أنه هو الذى سرقه^(١) .

ومن ذلك جواز دفع اللقطة لمن يصفها بتمييزاتها وكذلك الوديعة ، والمسروقات مادام صاحب اللقطة أو الوديعة أو المال المسروق مجهولاً وأساس هذا الحكم القرينة المستفادة من بيان صفات ومميزات الشيء والتي تدل على أن من وصفه هو صاحبه^(٢) .

وليس يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الفرعية ، كما أن كثيراً من الأحكام الأساسية ، أقامتها الشريعة على أساس القرائن كقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فإن قيام الزوجية جمل دليلاً على أن من تلده المرأة يكون ابناً للزوج . ولقد جرى كثير من الخلفاء والولاة والقضاة من وقت نزول الشريعة الإسلامية على الأخذ بالقرائن باعتبارها دليلاً لإثبات الدعاوى الجنائية والمدنية ولهم في ذلك آثار مشهورة^(٣) .

وبالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن واتجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بالقرائن ، فإن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلاً عاماً من أدلة الإثبات في الجرائم اللهم إلا فيما نص عليه بنص خاص كالقسامة ولعل عذرهم في ذلك أن القرائن في أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة وأنها تحمل أكثر من وجه ، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدماً بصحته .

أما أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم مع الاعتدال ومن

(١) طرق الحكمة ص ٦ .

(٢) طرق الإثبات الشرعية ص ٥١٨ .

(٣) الطرق الإثبات الشرعية ص ٣-٦٦ .

هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً ، وإنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد ^(١) .

النكول عن اليمين وردھا

٤٧٢ - اختلف الفقهاء في اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات ، فرأى بعضهم أن المدعى إذا لم يقم بينة على ما ادعاه ولم يقر المدعى عليه كان على المدعى عليه أن يحلف على نفي المدعى به ، فإن نكل عن الحلف قضى للمدعى بما يدعيه بنكول المدعى عليه وهذا هو رأى أبى حنيفة والمشهور من مذهب أحمد . ورأى البعض أن نكول المدعى عليه لا يكفي وحده لثبوت المدعى به ، بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف اليمين المردودة قضى له بما يدعيه وهذا هو مذهب مالك والشافعى وقد صوبه أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق ، وعلى هذا لا تكون الدعوى ثابتة بالنكول وإنما باليمين المردودة ^(٢) .

٤٧٣ - واختلف الفقهاء بعد ذلك فيما إذا كان يمكن الحكم بالنكول واليمين المردودة في الجرائم فرأى مالك أنه لا يجوز الحكم باليمين المردودة في الجرائم سواء كانت حدوداً أو قصاصاً أو تعزيراً ، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية ، وعلى هذا فإذا لم تكن بينة ونكل المتهم عن الحلف فلا ترد اليمين على المدعى لأن حلفها ليس له أثر ^(٣) .

٤٧٤ - ويرى الشافعى أنه يحكم باليمين المردودة في الجرائم المتعلقة بحقوق الآدميين كالقتل والضرب والشم سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً ، وكذلك في جرائم التعازير المتعلقة بالأمور العامة كطرح الحجارة في الطريق

(١) الطرق الحكيمة ص ٣ ، ٤ .

(٢) المغنى ج ١٢ ص ١٢٤ - الطرق الحكيمة ص ٨٤ وما بعدها - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٤ وما بعدها ، تبصرة المحكام ج ١ ص ١٦٩

(٣) تبصرة المحكام ج ١ ص ١٧٤ وما بعدها .

وإفساد الآبار ، أما في جرائم الحدود والقاعدة ألا يحكم فيها باليمين المردودة إلا في بعض الحالات الاستثنائية^(١) .

٤٧٥ - ويرى أبو حنيفة وصاحبه القضاء بالنكول ولكنهم اختلفوا في تفسير النكول فقال أبو حنيفة إنه بذل من جهة المدعى عليه ، وقال الصحابان إنه إقرار وقد أدى هذا الخلاف إلى اختلافهم في بعض المسائل ، ويمكن تلخيص رأى الأحناف فيما يختص بالقضاء بالنكول في الجرائم فيما يأتي : -

١ - في جرائم الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً ، إما على قوله فلأن البذل لا يصح في شيء منها ، وإما على قولهما فلأن النكول إقرار فيه شبهة لأنه هو في نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين والحدود تدرأ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة .

٢ - في جرائم القصاص والدية : - إذا كانت الجريمة توجب المال صح التحليف فيها والحكم بالنكول اتفاقاً لأن الأموال يصح فيها البذل من جهة ، وثبتت بالإقرار مطلقاً من جهة أخرى .
أما إذا كانت الجريمة مما يوجب القصاص استحلف المدعى عليه بانفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين لزمه القصاص على قول أبي حنيفة لأنه بذل ، وبذل ما دون النفس جائز كما تقدم . وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الأرش لأن النكول عندهما إقرار فيه شبهة .

٤٧٦ - وإذا كان النكول عن اليمين في الجنابة على النفس حبس حتى يخلف أو يقر على قول أبي حنيفة لتعذر القضاء بالنكول ، إذ النفس لا يصح فيها البذل وعلى قولهما يحكم عليه بالدية بنكوله لأن النكول إقرار فيه شبهة^(٢) .
٣ - في جرائم التعازير . يصح طبقاً لرأى الصحابين الحكم فيها بالنكول

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٦ - مؤنس المرجع ص ١٠٤ - المفتى ج ١٠ ص ٧

(٢) طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٤٣ .

لأن النكول إقرار لا شبهة فيه في التعازير إذا الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه ، ويصح طبقاً لرأى أبي حنيفة الحكم في هذه الجرائم بالنكول إذا أوجبت عقوبة مالية لأن المال مما يصح بذله أما إذا أوجبت عقوبة بدنية فلا يصح الحكم بالنكول ، وهذا هو قياس رأى أبي حنيفة وصاحبيه .

وفي مذهب أحد رأيان : أولهما أنه لا يقضى بالنكول ، إلا في المال ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ^(١) .

ومقتضى هذا الرأي أن لا يحكم بالنكول في جرائم الحدود ولا في جرائم التعازير التي لا توجب المال ، ويحكم في جرائم القصاص والدية بالنكول على أن تكون العقوبة مالية .

والرأى الثاني يرى الحكم بالقصاص على التاكل إذا كان القصاص فيما دون النفس ^(٢)

مسائل عامة

عن الحدود

٤٧٧ - تعريف الحد : - الحد لغة : هو النع واصطلاحاً : هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ^(٣)

ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوباتها فيقال ارتكب الجاني حداً ويقال عقوبته حد ، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها ، أي بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً ، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية .

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً ^(٤) .

(١) المغنى ج ١٢ ص ١٢٦ .

(٢) نفس المراجع السابقة ، والإقناع ج ٤ ص ٤٥٣ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ - شرح الزرطاني ج ٨ ص ١١٥ - الإقناع

ج ٤ ص ٢٤٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٣ - المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ .

ويدخل تحت الحد بهذا المعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأن عقوباتها جميعاً مقدرة شرعاً.

والمشهور هو تخصيص لفظ الحد لجرائم الحدود وعقوباتها دون غيرها ^(١) وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقررة حقاً لله تعالى يؤدي إلى هذا التخصيص ، وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعاً إلا أنها مقررة حقاً للأفراد ، كذلك تخرج عقوبات جرائم التعازير لأنها جميعاً عقوبات غير مقدرة . ومعنى أن العقوبة مقدرة أن الشارع عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضى .

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل شأنه ، ويقولون إنها حق لله يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة وتعتبر العقوبة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها الصلحة العامة ، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم ، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها إليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تأكيذاً لتحقيق المنفعة ودفع المفسدة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها ^(٢) .

٤٧٨ - الحد والجناية: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجناية ، ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنايات ^(٣) والجناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه فى الاصطلاح الفقهى اسم لفعل محرم شرعاً ، ولفظ الجناية مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة ، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن

(١) المرجع السابق .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ جلائم الصنائع ج ٧ ص ٥٦ .

(٣) الوجيز للقرائى ج ٢ ص ١٦٤ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٠ .

نسمى بالجنايات ، ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقدرة لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هي تسمية مجازية كما قلنا من قبل .

ويبقى بعد ذلك أن نعرف أنه إذا كان كل حد جنائية ، فإن كل جنائية ليست حداً ، لأن من الجنايات جرائم التعازير وعقوباتها غير مقدرة ، وإذا لم تكن عقوبة الجريمة مقدرة فالجريمة ليست حداً بل إنها لا تكون حداً إلا إذا كانت عقوبتها مقررة. حقاً لله تعالى على الرأي المشهور .

٤٧٩ — جرائم الحدود : جرائم الحدود سبع وهي :-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحاربة
أو المحاربة (٦) الردة (٧) البغى

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء ، ولكن ابن حزم يخرج البغى من جرائم الحدود ويدخل جريمة جحد العارية^(١) .

وسنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم كتاباً ، أما جريمة جحد العارية فسنتناولها أثناء الكلام على جريمة السرقة إذ أن ما يعتبره ابن حزم جحداً للعارية يعتبره جمهور الفقهاء سرقة .

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ ، ٣٧٣ .

الكتاب الأول

في الزنا

تمهيد

٤٨٠ — الزنا في الشريعة والقانون : تختلف جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين الوضعية ، فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج ، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا ، وأغلبها يعاقب بصفة خاصة على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كالقانون المصري والقانون الفرنسي ، ولا تعتبر ما عدا ذلك زنا وإنما تعتبره وقاعاً أو هتك عرض .

ولا يعاقب القانون المصري على الوقاع إلا في حالة الاغتصاب ، فإن كان بالتراضي فلا عقاب عليه ما لم يكن الرضا معيباً .
ويعتبر القانون المصري الرضا معيباً إذا لم يبلغ المفعول به ثمانية عشر عاماً كاملة - ولو وقعت الجريمة بناء على طلبه هو - فإن بلغها اعتبر رضاه صحيحاً ، والعقوبة في حالة الرضا للمعيب بسيطة لأن الفعل يعتبر جنحة .

ويدخل اللواط في هتك العرض طبقاً لقانون العقوبات المصري سواء لاط الفاعل بامرأة أو برجل .

ويعاقب القانون المصري الرجل والمرأة معاً في حالة الزنا ، أما في الوقاع وهتك العرض فلا يعاقب القانون إلا طرفاً واحداً هو الفاعل سواء أتى المفعول به في القبل أو في الدبر ، وعلة ذلك أن القانون يبيح الفعل طالما كان مصحوباً برضاء المفعول به ، فإن كان رضاه منعدماً أو معيباً اعتبر مجنياً عليه لا جانياً .

٤٨١ - أساس عقوبة الزنا في الشريعة والقانون : وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره مأساً بكيلين الجماعة وسلامتها ، إذ أنه اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هي الأساس الذي تقوم عليه الجماعة ، ولأن في إباحة الزنا إشاعة للفاحشة وهذا يؤدي إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والشريعة تحرص أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية .

أما العقوبة في القوانين الوضعية فأساسها أن الزنا من الأمور الشخصية التي تمس علاقات الأفراد ولا تمس صوالح الجماعة ، فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحمة الزوجية .

٤٨٢ - الواقع بشهر للشريعة : ولعل ما حدث في أوروبا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة فقد تحللت الجماعات الأوروبية وتصدعت وحدتهم وذهب ربحهم - وما لذلك من سبب إلا شيوع الفاحشة والفساد الخلقي والإباحية التي لا تعرف حداً تنتهى إليه ، وما أشاع الفاحشة وأفسد الأخلاق ونشر الإباحية إلا إباحة الزنا وترك الأفراد لشهواتهم واعتبار الزنا من الأمور الشخصية التي لا تمس صالح الجماعة .

ولعل أشد ما تواجهه البلاد غير الإسلامية اليوم من أزمات اجتماعية وسياسية يرجع إلى إباحة الزنا ، فقد قل النسل في بعض الدول قلة ظاهرة تنذر بفناء هذه الدول أو توقف نموها ، وترجع قلة النسل أولاً وأخيراً إلى امتناع الكثيرين عن الزواج ، وإلى العقم الذي انتشر بين الأزواج .

ولا يمتنع الرجل عن الزواج إلا لأنه يستطيع أن ينال من المرأة ما يشاء في غير حاجة إلى الزواج ، ولأنه لا يثق في أن المرأة ستكون له وحده بعد الزواج ، وقد اعتاد أن يحدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج .

والمرأة التي كانت أمينتها الأولى الزواج ، ووظيفتها التي خلقت من أجلها إدارة البيت وتربية الأولاد ، هذه المرأة أصبحت في كثير من الأحوال تنفر من

الزواج ولا ترضى أن تستأمر لرجل تنال ما عنده ، بينما هي تستطيع أن تنال ما عند عشرات الرجال دون أن تثقل نفسها بالقيود والأغلال .

وقد أدى شيوع الزنا إلى مقاومة الحمل من جهة وانتشار الأمراض السرية من جهة أخرى ، وإذا كانت مقاومة الحمل تؤدي في كثير من الأحوال إلى عقم النساء ، فإن انتشار الأمراض السرية يؤدي في الغالب إلى عقم الرجال والنساء على السواء .

وكانت المرأة تعيش في كنف الرجل في ظل الزواج ، فلما أضرب الرجال عن الزواج كان لابد للمرأة من أن تعيش ، فاضطرت إلى مزاحمة الرجل في ميدان العمل لتفعل قوتها ، فأدى هذا إلى تفشي البطالة وشيوع المبادئ الهدامة وألقي بشعوب أوربا في بحر لحي يزخر بالفوضى والاضطراب .

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفساد الاجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطئ الحساب ، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلوا أن الزنا من أخطر الجرائم الاجتماعية ، وأن مصالحة الجماعة تقتضي تحريمه في كل الصور ، والمعاقبة عليه أشد العقاب ، وعلى هذا الأساس حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لتتجنب الوصول إلى تلك النتائج المخيفة ، وقررت أشد العقوبات للزناة حتى أنها اعتبرت من يزني بعد إحصانه غير صالح للبقاء لأنه مثل سيء وليس للمثل السيء في الشريعة حق البقاء .

ولقد كانت البلاد الإسلامية على العموم أكثر البلاد إقبالا على الزواج وبعداً عن الإباحية ولكن إباحة الزنا فيها على الطريقة الأوربية نقل إليها نفس الأمراض التي يشكو منها المجتمع الأوربي ، فقد أصبح الرجال يعرضون عن الزواج لأنهم ينالون حاجتهم من المرأة دون زواج ، وبدأت المرأة لا تهتم بالاتصال بالرجل كزوج لأنها تستطيع أن تتصل به كما تشاء من غير طريق الزواج ، وقد صحب الإعراض عن الزواج قلة النسل والعقم وتفشي الأمراض السرية وبدأ النساء يتطلعن إلى مساواتهن بالرجال ، ويزاحمنهم في شتى الأعمال ، وانحط مستوى الأخلاق

والآداب العامة، وغاض الحياء من الوجوه والنفوس، ولعلاج لهذا كله إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها ونبذ القوانين الوضعية والمبادئ الواهية التي تقوم عليها .

الفصل الأول

في أركان جريمة الزنا

٤٨٣ - تعريف الزنا : يعرف الزنا عند المالكيين بأنه وطء مكلف فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق تعمداً^(١) .

ويعرفه الحنفيون بأنه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة للملك^(٢) ويعرفه الشافعيون بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لمينه خال من الشبهة مشتهى طبعاً^(٣)

ويعرفه الحنابلة بأنه فعل الفاحشة في قبل أو دبر^(٤) .

ويعرفه الظاهريون بأنه وطء من لا يحل النظر إلى مجردهما مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين^(٥) .

ويعرفه الزيديون بأنه إيلاج فرج في فرج حى محرم قبل أو دبر بلا شبهة^(٦)

٤٨٤ - أركان جريمة الزنا : - ظاهر مما سبق أن الفقهاء يختلفون في

تعريف الزنا ، ولكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد ومؤدى هذا أنهم متفقون على أن الجريمة الزنا ركنين : أولها الوطء المحرم، وثانيهما : تعمد الوطء أو القصد الجنائي .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الفياني ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٨ - الزيلعي ج ٣ ص ١٦٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ - شرح البجيرى على المنهج ج ٤ ص ٧٠٩ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٠ - المنقى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ .

(٥) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٢٥٦ .

(٦) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٣٦ .

وستتناول أثناء الكلام على هذين الركبتين وجوه الخلاف بين الفقهاء .

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء العبرزنا : هو الوطء في الفرج ، بحيث يكون الذكر في الفرج كالليل في المكحلة والرشاء في البئر ، ويكفي لاعتبار الوطء زنا أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة ولا يشترط على الراي الراجح أن يكون الذكر منتشراً .

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زنا ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره ، كما أنه يعتبر زنا سواء حدث إنزال أم لم يحدث .

ويعتبر الوطء زنا ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس والذة^(١)

والقاعدة أن الوطء المحرم للعتبرزنا هو الذي يحدث في غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل زنا عقوبته الحد ما لم يكن هناك مانع شرعي من هذه العقوبة . أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زنا ولو كان الوطء محرماً ، لأن التحريم في هذه الحالة عارض ، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المخرمة أو التي ظاهر منها أو آلى منها كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زنا^(٢) .

(١) راجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ المفق والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٣٩١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٤ - أسنى المطالب ج ٥ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٠١ - المفق والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٥ ، ٣٣٦ .

وإذا لم يكن الوطاء على الصفة السابقة فلا يعتبر زنا يعاقب عليه شرعاً بالحد وإنما يعتبر معصية يعاقب عليها بمقوبة تعزيرية ملائمة^(١) ، ولو كانت المعصية في ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخضة أى الإيلاج بين الفخذين ، وكالمباشرة خارج الفرج ، كذلك يعزر على كل ما يعتبر معصية ولو لم يكن وطأ في ذاته كالقبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد لأن هذه جميعاً أفعال محرمة كما أنها من مقدمات الزنا^(٢) .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن من حرمت مباشرته في الفرج لاعتباره زانياً أو لا طأ حرمت مباشرته فيما دون الفرج باعتباره عاصياً لقوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^(٣) .

وتحرم الشريعة الخلوة بامرأة غير محرم وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بحرم فإن ثالثهما الشيطان»^(٤) فإذا حرمت الخلوة بها فلائ تحرم المباشرة أولى .

ومن القواعد الأصولية في الشريعة قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام ، فإن فعل الجاني ما لا يوجب الحد فعقوبته التعزير سواء كان ما فعله وطئاً لم تتم شروطه كالإيلاج بين الفخذين أو في القم ، أو كان ما فعله ليس وطئاً كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، وكالعناق والقبلة والنوم معها في فراش واحد ، لأن هذه جميعاً أفعال محرمة فضلاً عن أنها من مقدمات الزنا وتؤدي إليه .

(١) راجع ما كتبه عن العاصي والحدود والتعزير في الجزء الأول من التشريع الجنائي

الإسلامي ص ٧٨ ، ١٢٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠

أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - الأحكام السلطانية المأوردى ص ٢٠٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣

المقنن والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩

(٣) المؤمنون - ٥

(٤) رواه أحد

وإذا استطعنا بتطبيق القواعد السابقة أن نمرف الأفعال المحرمة فمن السهل أن نمرف بعد ذلك ما يعتبر منها وطئاً وما يعتبر من هذا الوطء زناً .
 ويلاحظ أن الشريعة إذا كانت تفرق بين الوطء وما دونه وتعاقب على الأول بعقوبة الحد وعلى الثاني بعقوبة تقزيرية ، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل في الحالين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعا في الجريمة كما هو الحال في القوانين الوضعية ^(١) .

٤٨٦ - الوطء في الدبر : ويستوى عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة والزيدية أن يكون الوطء المحرم في قبل أو دبر من أنثى أو رجل ، ويشاركهم في هذا الرأي محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ^(٢) وحتهم في التسوية أن الوطء في الدبر مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعى الحد وهو الوطء المحرم ، فهو داخل تحت الزنا دلالة فضلا عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط ﴿ إنكم لتأتون الفاحشة ﴾ ^(٣) وقال ﴿ إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء ﴾ ^(٤) وقال ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ ^(٥) وقال ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ﴾ ^(٦) فجعل الوطء في الدبر فاحشة ، والوطء في القبل فاحشة فسوى أحدهما سمي به الآخر ، روى أبو موسى الأشعري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ^(٧)

(١) فصلنا السلام عن هذه الملاحظة في الجزء الأول من التمهيد الجنائي الإسلامي

ص ٣٤٣ ، ٣٤٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المفتي ج ١٠ ص ١٦٠

شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ .

(٣) الفسكيوت ٢٨ (٤) الأعراف ٨١ (٥) النساء ١٥

(٦) النساء ١٦

(٧) أخرجه البيهقي وفي استاده محمد بن عبد الرحمن ، وقال لا أعرفه والمحدث منكمر بهذا الإسناد ورواه أبو الفتح الأزدى في الضعفاء والطبراني في الكبير من وجه آخر وفيه للفضل البجلي وهو مجهول وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده عنه « يراجع » في كل ما سبق نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

ورى أبو حنيفة أن الوطء في الدبر لا يعتبر زنا سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى، وحجته أن الإتيان في القبل يسمى زنا والإتيان في الدبر يسمى لواطاً واختلاف الأسماء دليل على اختلاف المعاني، ولو كان اللواط زنا ما اختلف أصحاب الرسول في شأنه، فضلاً عن أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك في اللواط كما أن العقوبة تشرع دائماً لما يوجب وجوده والزنا وحده هو الغالب لأن الشهوة المركبة في الرجل والمرأة تدعو إليه، أما اللواط فليس في طبيعة المحل ما يدعوا إليه^(١).

أما الظاهريون فلا يرون اللواط زناً وإنما يرونه معصية فيها التعزير وحجتهم أن اللواط غير الزنا وأنه لم يرد نص ولا أثر صحيح يعطى اللواط حكم الزنا^(٢).

٤٨٧ — وطء الزوجة في دبرها : ومن المتفق عليه أن إتيان الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك وطء زوجته . ولكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الفعل فيرى أحد ، وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أن الفعل زنا يعاقب عليه أصلاً بعقوبة الحد ، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك وللإختلاف في حلية الفعل^(٣) ومن ثم يعاقب على الفعل بعقوبة تعزيرية .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ ، ٣٨٥ .

(٣) يعتبر الفقهاء القائلون بالشبهة أن الإختلاف على حل الفعل وحرمة يعتبر بذاته شبهة تدرأ الحد ويرجع الخلاف في الحكم إلى اختلافهم في تفسير قوله تعالى ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين . نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم واتقوا الله وأعلموا أنكم ملائكة وبشر المؤمنين ﴾ فقد روى عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من إتيان الزوجة في دبرها ويرى جواز ذلك عن الشافعي ومالك ، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعي ، وقيل إن الشافعي قال بذلك في القديم وبش أصحاب مالك لا يروون عنه هذه الرواية ، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحریم أما جمهور الفقهاء فيرون تحریم إتيان الزوجة في الدبر مستدلين بنس القرآن وما ورد في التحريم من أحاديث صريحة بقوى بعضها بعضاً * يراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ وما بعدها والمحلى ج ١٠ ص ٦٩ ، ٧٠ .

ويرى المالكيون والشافعيون والشيعة الزيدية أن الفعل لا يعتبر زنا لأن الزوجة محل لوطء الزوج وللزوج أن يستمتع بها، ولكن المالكيين والزيديين يرون أن الفعل مع ذلك محرم ويعاقب عليه بعقوبة تعزيرية أما الشافعيون فلا يرون التعزير على الفعل إلا عند العود له بعد نهى الحاكم عنه، فالجريمة عندهم جريمة اعتياد ولا تقع إلا بعد النهى عنها، فإذا لم يكن نهى فلا عقاب لأن الفعل قبل النهى مختلف في إباحته، على أن بعضهم يرى العقوبة على تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهى عن الفعل ومعنى ذلك أن الفعل عندهم محرم، لا شك في تحريمه فلا حاجة لأن ينهى عنه الحاكم. ويرى أبو حنيفة أن الفعل لا يعتبر زنا للأسباب التي سبق بيانها ولكنه معصية يعاقب عليها بالتعزير.

وكذلك الأمر عند الظاهريين فهم لا يعتبرون الإتيان في الدبر بصفة عامة زنا ولكلهم يرونه معصية يعزر عليها^(١).

٤٨٨ — وطء الأموات : — ووطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا عند أبي حنيفة، وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبية الميت في فرجها، وهذا القول رأى في مذهب الشافعي وأحمد.

والقائلون بذلك يوجبون التعزير في الفعل، وحجتهم أن الوطء في الميتة ومن الميت كلاً وطء لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعاقه النفس ولا يشتهي عادة، فلا حاجة إلى الجزع عن الفعل، والحد إنما يجب للزحر، وعلى هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٢).

والرأي الثاني في مذهبي الشافعي وأحمد يقوم على أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه وطء محرم بل هو أعظم من الزنا وأكثر

(١) يراجع في كل ما سبق مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ — أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغني ج ١٠ ص ١٦٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ و ج ١٠ ص ٦٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغني ج ١٠ ص ١٥٢ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

إنما ، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت ^(١) وأصول الظاهريين تقتضى أن يكون رأيهم متفقاً مع هذا رأى .

ويرى مالك أن من أتى ميتة في قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانياً ويعاقب بعقوبة الزنا لا لتذاذه بذلك الفعل ، بخلاف من وطأ زوجته الميتة فإنه لا حد عليه وبخلاف إدخال المرأة ذكر ميت غير زوج في فرجها فإنها تعزّر ولا تحد فيما يظهر لعدم اللذة ^(٢) .

٤٨٩ — وطء البهائم . — وطء البهائم والحيوانات على العموم لا يعتبر زنا عند مالك وأبي حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير ، وفي حكمه أن تمكن المرأة من نفسها حيواناً كقرد مثلاً ، ولا يرون الفعل زناً لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهى مشروعة للزجر ، وإنما يحتاج للزجر فيما طريقه مفتوح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق ، فالفعل إذن لا يقتدر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه ^(٣) .

وللشافعى وأحمد رأيان أرجحهما يتفق مع رأى أبي حنيفة ومالك ، والرأى الثانى يعتبر الفعل زناً ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال وسند هذا الرأى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وهو حديث لا يصححه الكثيرون ^(٤) .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة ويعملون عقوبة الحصن الرجم وعقوبة غير الحصن الجلد والتعذيب ^(٥) وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة ^(٦) .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغنى ج ١٠ ص ١٥٢

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢

(٤) المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٥) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٠٥

(٦) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

والشافعيون والحنابلة يرون أن المرأة التي تمسكن من نفسها حيوانا ، عليها ما على واطيء البهيمة^(١) على أن بعض الشافعيين يصرحون بأن ليس على المرأة إلا التعزير^(٢) .

ويرى الحنابلة في كل الأحوال قتل البهيمة الثانية سواء عزر الواطيء أو قتل ومن يرى من الشافعيين قتل الواطيء يرى أيضا قتل البهيمة ، أما الزيدون فيكرهون لحما وشرب لبنها ولا يرون قتلها^(٣) .

ويرى الظاهريون أن واطيء البهيمة ليس زانيا ، لأن فعله ليس زنا ، ولم يرد نص بإلحاقه بالزنا ، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلاً ففاعل ذلك فاعل منكر ومتركب معصية عقوبتها التعزير وليس في فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها^(٤) .

٤٩٠- وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : - لاحد على الصغير أو المجنون في وطء المرأة الأجنبية لعدم أهليتهما ، إذ الصغير لا يؤخذ بالحد إلا بعد بلوغه ، والمجنون لا يؤخذ به إلا في حال إفاقته ؛ على أن الصغير يعزر على الفعل إن كان مميزاً .

وقد اختلف في حكم المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون ، فرأى أبو حنيفة أن المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون لاحد عليها ولو كانت مطاوعة وإنما عليها التعزير ، وحجته أن الحد يجب على المرأة ليس لأنها زانية فإن فعل الزنا لا يتحقق منها إذ هي موطوءة وليست بواطئة ، وتسميتها في القرآن زانية مجاز لاحقيقة إنما يجب عليها الحد لكونها مزنياً بها ، ولما كان فعل الصبي والمجنون لا يعتبر زناً عند أبي حنيفة فلا تكون مزنياً بها^(٥) .

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المفتي ج ١ ص ١٦٤ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧

(٤) المحل ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

ويرى مالك رأى أبى حنيفة فى حالة ما إذا كان الواطىء صبيًا ، ولكنه يرى حد المرأة إذا طاوعت المجنون ، وحجته فى هذه الفقرة أن المرأة تنال لذة من المجنون ولا تنال من الصبي ^(١) .

أما الشافعى فيرى أن تحد المرأة فى الحالتين ولو لم يعاقب الصبي والمجنون ، لأن السقاب امتنع عن الصبي والمجنون لمعنى يخصه هو ، فليس للمرأة - وقد ارتكبت الجريمة - أن تستفيد من ظروف شريكها الخاصة ، وعلى هذا رأى الظاهريون والزيديون ^(٢) .

ويرى زفر من أصحاب أبى حنيفة رأى الشافعى ، وهو رواية عن أبى يوسف وحجتها أن كلا من الزانى والزانية مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت المرأة ماهى به زانية ، لأن حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته وقد وجد ذلك ^(٣) .

وفى مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعى ، والثانى يفرق كذهب مالك بين ما إذا كان الواطىء صبيًا أو مجنونًا ، ويرى أصحاب هذا رأى الثانى أن تحد المرأة إذا طاوعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبي لم يبلغ سنه عشر سنوات ، فإذا بلغ هذه السن حدث . ويؤخذ على هذا رأى أنه قائم على تحديد السن ، والتحديد إنما يكون بالتوقيف أى بنص ، ولا توقيف فى هذا الأمر ^(٤) .

٤٩١ - وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة : واختلف أيضًا فى وطء

العاقل البالغ لصغيرة أو مجنونة ، فيرى مالك أن الواطىء يحد لإتيان المجنونة الكبيرة ، ويحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره ، فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكنًا للواطىء فلا حد وإنما يعزر على الفعل ^(٥) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٢٨

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ - المحلى ج ١١ ص ١٤٦ شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ (٤) الفنى ج ١ ص ١٥٢

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٢٦

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة بجماع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زنا ، ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها^(١) .

ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطاً بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا بجماع ، أو لو كان الوطء غير ممكن لغيره ، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحية الصغيرة للجماع بصفة عامة .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه الناحية^(٢) ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلاً ولا يقيدون العقوبة بأى قيد^(٣) وعلى هذا مذهب الظاهريين^(٤) .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعى ، أما الثانى فيخالفه فى حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة ، ويفرق أصحاب هذا الرأى بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فهو زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة فى ذلك ، وإن كانت الصغيرة لاتصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير ، وبعض أصحاب هذا الرأى يحدد سن الصغيرة التى لاتصلح للوطء بتسع سنوات ؛ وحجته أن الصغيرة لاتشهى فى هذه السن ، وأن وطئها يشبه مالو أدخل إصبعه فى فرجها^(٥) .

والقائلون بحد المرأة إذا وطئها صبي أو مجنون وبحد الرجل إذا وطئ مجنونة أو صبية يتفق رأيهم مع نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات المصرى وهى تقضى بأن الظروف الخاصة بأحد الفاعلين لا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . على أن القائلين بالرأى المضاد لا يخالفون هذا المبدأ لذاته ، ولكنهم يطبقون

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ .

(٢) شرح الأزهار ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٤٧١ ، ج ١١ ص ٢٥٦ .

(٥) المفتى ج ١٠ ص ١٥٢ .

قاعدة درء الحدود بالشبهات ، إذ يرون أن الجريمة لا تقع إلا من اثنين بطبيعة الحال ولا يمكن أن تتم إلا باجتماعهما ، ويرون في إعفاء أحدهما من العقوبة شبهة في حق الآخر تدعو إلى درء الحد عنه والاكتفاء بتعزيره .

٤٩٢ - الوطء بشبهة : - لا يصحح الظاهريون ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « ادروا الحدود بالشبهات »^(١) ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزبد ، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »^(٢) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة ،^(٣) لقول الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾^(٤).

أما باقي الفقهاء فيصححون حديث « ادروا الحدود بالشبهات » وهم متفقون على أن الوطء بشبهة لاحد فيه ، ولكنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة ، وأساس الخلاف في اعتبار الشبهة هو الاختلاف في التقدير فيرى البعض أن حالة معينة تعتبر شبهة ، ويرى البعض أنها لا تعتبر كذلك .

(١) حديث ادروا الحدود بالشبهات ، روى عن طي مرفوعا وفيه الخطار بن نافع وقال عنه البخاري إنه منكر الحديث ، وأصح ما جاء فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال « ادروا الحدود بالشبهات . ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عن عقبه بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفاً وروى منقطعاً وموقوفاً على عمر ، ورواه ابن حزم في كتاب الإيصال عن عمر موقوفاً عليه ، وروى من طرق أخر أثبتتها مؤلف نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ -- ويضد ذلك الحديث المروي عن أبي هريرة « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفاً » رواه ابن ماجه والحديث المروي عن عائشة « ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج غلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئه في الصفو خير من أن يخطئه في العقوبة » رواه الترمذي والحاكم والبيهقي .

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٥٣ (٤) البقرة ٢٢٩

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت وقد اهتم الحنفيون والشافعيون بتقسيم الشبهة وتنوعها بينما لم يهتم غيرهم من الفقهاء بهذا الأمر، واكتفوا بإيراد ما يعتبر شبهة وعلة اعتباره شبهة، على أن الشبهات عند الجميع لا يمكن حصرها لأن أساسها في الغالب الوقائع وهي لا تحصر.

ويقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة أقسام: ^(١)

١ - شبهة في المحل : كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة أو إتيان الزوجة

في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ، لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر . إلا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتمد الفاعل بمحل الفعل أو بحرمة ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ - شبهة في الفاعل : كمن يظاً امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته . وأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد أما إذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة في المجزأة أو الطريق : ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمة ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد ، فمثلاً يحجر أبو حنيفة الفكاك بلا ولي ، ويحيز مالك النكاح بلا شهود ، ويحيز ابن عباس نكاح المتعة ، ولا يحيز جمهور الفقهاء هذه الأنكحة ، ونتيجة هذا الخلاف أن لا حد على الوطء في تلك الأنكحة المختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ،

ولو كان الفاعل يمتد بحرمة الفعل ، لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر مادام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

ويقسم الحنفيون الشبهة قسمين :

الأول : - الشبهة في الفعل ^(١) : ويسمونها شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ،

وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشقه عليه . وتنبعث هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمى بفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يظأ زوجته المطلقة ثلاثا أو بائنا على مال في عدتها وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال في حق الحل أصلا لوجود الميطل للحل الخلية وهو الطلاق ، فإن النكاح قد بقى في حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط ، ومثل هذا الوطاء حرام فهو زنا يوجب الحد إلا إذا ادعى الواطء الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقى في حق الحل أيضا ، وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه درءا لما يندرى بالشبهات .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا ، وإذا ثبت أن الجاني كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد ^(٢) .

الثاني : الشبهة في المحل : - ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك وتقوم

(١) يحصر الحنفيون شبهة الفعل في جريمة الزنا في ثمانية مواضع منها وطاء المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال وكنا المختلعة - أما بقية المواضع فخاصة بالجوارى ولا عمل للتمرض لها بعد إبطال الرق .

وبقية الفقهاء يخالفون الحنفيين في ذلك ولا يرون شبهة في هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا - راجع شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٧ - ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - والفتى ج ١٠ ص ١٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٦ .

هذه الشبهة على الاشتباه في حكم الشرع بحل المحل ، فيشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، وهي تتحقق بقيام دليل شرعى ينفي الحرمة ، ولا عبرة بظن الفاعل ، فيستوى أن يعتقد الفاعل المحل أو يعلم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى لا بالعلم وعدمه .

ويحصر الحنفيون شبهة المحل في جريمة الزنا في ستة مواضع أحدها وطء المطلقة طلاقاً بائناً بالكنائيات ، وبقية المواضع خاصة بوطء الجوارى ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق ، ويعمل الحنفيون قيام الشبهة في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات بأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنائيات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، والمعروف عن عمر أنه كان يقول في الكنائيات إنها رواجع ، والطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، فاختلفهم أورث شبهة ^(١) .

والشافعيون والمثابرة من رأى الحنفيين في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات . أما المالكيون فيرى بعضهم الرأى السابق بينما يرى البعض الآخر أن لا شبهة في هذا الوطء ^(٢) .

قسم ثالث : ويرى أبو حنيفة أن الشبهة تثبت أيضاً بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الفاعل عالماً بالتحريم وبالاتفاق عليه كما هو الحال في نكاح المحارم .

فالشبهة إذن على رأى أبى حنيفة ثلاثة أنواع : شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، وشبهة في العقد .

ولكن أصحاب أبى حنيفة لا يقولون بشبهة العقد وهم في ذلك متفقون مع ما يراه جمهور الفقهاء ^(٣) .

(١) نفس المرجعين السابقين .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٧ - للفتى ج ١٠

ص ١٥٤ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٤ .

(٣) شرح نفع القدير ج ٤ ص ١٤٣ .

٤٩٣ - وطء المحارم : - ووطء المحارم زنا يجب فيه الحد ، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقاً ، فإن وطئها فعليه الحد في قول مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديين وفي قول أبي يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة .

ولكن أبا حنيفة نفسه يرى أن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كأمه أو ابنته أو عمته أو خالته فوطئها لم يجب عليه الحد ولو اعترف بأنه يعلم بأنها محرمة عليه وإنما يعاقب على فعله بعقوبة تعزيرية .

ويسقط أبو حنيفة الحد في هذه الحالة للشبهة ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يندرى بالشبهات .

ويرد على أبي حنيفة بأن الوطء حدث في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطء من أهل الحد عالم بالتحريم فلا عذر له ويلزمه الحد ، أما العقد فهو باطل ولا أثر له مطلقاً فهو كأن لم يوجد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة ^(١) .

٤٩٤ - الوطء في نظام باطل : - وكل نكاح مجمع على بطلانه - كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر - إذا وطئ فيه فهو زنا موجب للحد ، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له ، وبذلك قال مالك والشافعي وأحمد والظاهرية والزيدية ، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة ^(٢) .

(١) يراجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ الملقب ج ١٠ ص ١٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ - شرح الأنهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ ، ٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المحلى ج ١٠ ص ١٥٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ، ٢٤٨ - شرح الأنهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرك الحد، ومن ثم فمقوية الوطء عنده هي التعزير ^(١).

٤٩٥ - الوطء في نظام مختلف عليه : - ولا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته، كنكاح المتعة والشفار والتحليل والنكاح بلا دلي أو شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرك بالشبهات إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد ^(٢).

٤٩٦ - الوطء بإكرامه : - ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكروهة على زنا لقوله تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ ^(٣) ولقوله ﴿من اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ ^(٤) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ^(٥) ولأن الإكرام يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة، والحدود تدرك بالشبهات.

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكرام بالإلجاء وهو أن يغلّبها على نفسها وبين الإكرام بالتهديد فقد استكرهت امرأة على عهد الرسول فذركها عنها الحد ^(٦)، وأتى عمر بإمام من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء، كما جاءته امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣، ١٤٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ - أسى الطالب

ج ٤ ص ١٢٦ - الفتى ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ - شرح الأزمهر ج ٥ ص ٣٤٨

(٣) الأنعام : ١١٥

(٤) البقرة : ١٧٣

(٥) ابن حزم ج ٧ ص ٣٣٤

(٦) رواه الترمذى وراجع التاج ج ٣ ص ٣٦

أن نمسكه من فمها ففعلت ، فقال لى ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة ، فأعطها شيئاً وتركها .

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد وهو رأى الرجوح في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الزأى أن المرأة تكره لأن وطيقها التمسكين أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا رأى أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد .

والرأى الراجع في هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكره لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، ولأن الانتشار قد يكون طبعياً وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخوف ينفي الانتشار غير صحيح ، لأن المكروه يخوف عند ترك الفعل لا عند إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه ، فضلاً عن ذلك فإن الإكراه شبهة ، والحدود تدرأ عنهم بالشبهات ^(١) .

ويرى الظاهريون أنه لا حد على مكروهة أو مكروه ، فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل إحليله في فرج امرأة فلا شيء عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هي أو لم تنزل ، لأنها لم يفعلوا شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمضاء فعل الطبيعة الذى خلقه الله تعالى في المرأة أحب أم كره لا اختيار له في ذلك ^(٢) .

وإذا مكنت المرأة مكروها من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زناً ، ولأنها ليست مكروهة ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٦٦ ، أسقى الطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٤ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ شرح الأثرار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٣١ .

فإنه أعنى لإكراهه على الفعل ، وليس لها أن تستفيد من ظرف الرجل وهو ظرف خاص به ، وهذا مسلم به في جميع المذاهب .

٤٩٧- الخطأ في الوطء: - الخطأ إما خطأ في وطء مباح ، وإما خطأ في

وطء محرم .

فالخطأ في الوطء المباح لا عقوبة عليه لانعدام القصد لقوله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وما تعمدت قلوبكم ﴾ ^(١) ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ثم هو بعد ذلك شبهة تدرأ الحد عند القائلين بالشبهة ، فمن زفت إليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها بعتقها زوجها فلا حد عليه باتفاق ، وكذلك الحكم إذا لم يقل له هذه زوجتك ، أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته فوطئها ، أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها ، لا حد عليه في كل ذلك عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديين وحجتهم أنه وطء اعتقد الفاعل إباحته بما يعذر مثله فيه ، وأنه أشبه بوطء من زفت إليه غير زوجته .

ولكن أبا حنيفة يرى الحد على من وجد امرأة في فراشه فوطئها ، لأن المسقط هو شبهة الحل ، ولا شبهة هنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه ، وبمجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه ؛ هذا لأنه قد ينمى على الفراش غير الزوجة من صديقاتها وقربياتها ، فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل ، وكذلك الحكم إذا كان أعمى ، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك ، وهذا إذا لم تطل الصحبة وتشابهت النفات ولم يستطع التمييز .

أما الخطأ في الوطء المحرم فلا يعنى من العقوبة ، وليس شبهة باتفاق ، فمن دعا محرمة عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد ، فإن دعا

محرمه عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه ،
لافتاء حرمة الفرج لعينه ، وإن أثم باعتبار ظنه ^(١) .

٤٩٨ - الرضاء بالوطء : - والرضاء بالوطء لا يعتبر شبهة باتفاق ،

فمن وطئ امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها
أو زوجها ، لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل
ما حرم الله ، فإن أحلت امرأة نفسها فأحلها لنفسها باطل وفعلها زنا محض .
ولو أن امرأة دلست نفسها أو غيرها لأجنبي فوطئها يظن أنها امرأته فلا حد
على الرجل والمرأة الموطوءة زانية ، أما المدلسة فلا تعتبر زانية وعليها التعزير ^(٢) .

٤٩٩ - الزواج المأمور : - والزواج اللاحق بالمزني بها يعتبر شبهة

تدراً الحد في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، فمن زنا بامرأة ثم تزوجها لا يحد
طبقاً لهذه الرواية لأن للمرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل
الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة تدراً الحد .

وفي رواية الحسن ومحمد أن الزواج العارض بعد الزنا لا يعتبر شبهة ، لأن
الوطء وقع زناً محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك للواطئ ، ولأن الزواج ليس له أثر
رجعي فلا يمتد أثره لوقت الوطاء .

والرواية الأخيرة تتفق مع ما يراه جمهور الفقهاء ، فهم يرون أن من زنا
بامرأة ثم تزوجها فلا أثر لزوجها على الجريمة التي ارتكبها ولا على العقوبة المقررة
لها ، لأن الحد قد وجب بالزنا السابق فلا يسقطه الزواج اللاحق ^(٣) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - نهاية المحتاج ج ٧

ص ٤٠٤ - المفتي ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٦ - المفتي ج ١٠ ص ١٥٦

المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٩ - المفتي ج ١٠

ص ١٩٤ - محلى ج ١١ ص ٢٥٢ .

٥٠٠ - وطء من وجب عليها القصاص : ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد ، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدراً الحد ، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها ، فإنه لا يبيح له فرجها أو الاستمتاع بها^(١) .

٥٠١ - المساقطة : وتسمى السحق والتدالك ، وهي إتيان المرأة المرأة ، والفعل متفق على تحريمه لقول الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾^(٢) ولما كانت المرأة لا تحل للملك يمينها وكان منها ذا محرم ، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجها من امرأة أو رجل فهي لم تحفظه وهي من العاديين .
ويروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الباب قوله « لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفض الرجل إلى الرجل في ثوب واحد ولا تفض المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد »^(٣) وهذا النص صريح في تحريم السحاق لأنه إفشاء المرأة إلى المرأة .

ويستبدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « إذا أتى الرجل الرجل ففهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة ففهما زانيتان »^(٤) .

ومن المتفق عليه أن لا أحد في الفعل وأن عقوبته التعزير لأنه معصية لا حد فيها ، وإذا كان حديث أبي موسى - على فرض صحته - قد وصف الفعل بأنه زنا فإن ذلك لا يلحقه بالزنا المعاقب عليه بالحد ، لأن السحاق مباشرة دون إيلاج

(١) المتن ج ١٠ ص ١٩٥ .

(٢) المؤمنون : ٦٤ .

(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦ .

(٤) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

والزنا المتعاقب عليه بالحد يقتضى الإيلاج ، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير
لا الحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أى دون إيلاج^(١) .

٥٠٢ - الاستمنا : - واستمنا الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زنا ،
وكذلك إدخال الرجل الأجنبي أصبعه فى فرج امرأة ولكن كلا الفعلين معصية
فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث .

أما استمنا الرجل بيده ويسمى بالخصخصة وجلد عميرة فمختلف فيه . فالملكيون
والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى ﴿ والذين هم لفروجهم
حافظون ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى
 وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾^(٢) فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على
اثنين زوجه وملك يمينه ، فإن التمس لفرجه منسكحاً سوى زوجته وملك
يمينه فهو من العادين أى المجاوزين . ما أحل الله لهم إلى ما حرمه عليهم ، وعلى
هذا مذهب الزيديين .

ويحرم الخفيون الاستمنا إذا كان لاستجلاب الشهوة ، أما إذا غلبت
الشهوة الرجل ولم يكن له زوجة ولا أمة فاستمنى بقصد تسكينها فالرجاء أنه
لا وبال عليه ، ويجب الاستمنا عندهم إذا خيف الوقوع فى الزنا بدونه
والحنابلة لا يرون شيئاً على من استمنى بيده خوفاً من الزنا أو خوفاً على
بدنه أى صحته إذا لم يكن له زوجة أو أمة ولم يقدر على الزواج وإلا حرم الاستمنا .
ويرى ابن حزم أن الاستمنا مكروه ولا إثم فيه لأن مس الرجل ذكره
بشماله مباح بإجماع الأمة كلها ، فإذا هو مباح فليس هنالك زيادة على المباح

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ - نهاية المحتاج ج ٧
ص ٤٠٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ - المفتى ج ١٠ ص ١٦٢ - المحلى ج ١ ص ٣٩٠
شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .
(٢) المؤمنون : ٥ ، ٦

إلا التعمد لزول النفي فليس ذلك حراماً أصلاً لقول الله تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ وليس هذا مانفصل لنا تحريمه فهو حلال لقوله تعالى ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾ .

ويقول ابن حزم إنه يكره الاستمناء لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل . وروى لنا أن الناس تكلموا فى الاستمناء فكرهته طائفة وأباحته أخرى ، ومن كرهه ابن عمر وعطاء ومن أباحه ابن عباس والحسن وبعض كبار التابعين وقال الحسن كانوا يفعلونه فى المغازى وقال مجاهد كان من مضى يأمرون شبابهم بالاستمناء يستغفون بذلك .

وما قيل فى استمناء الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مسّت فرجها بشمالها حتى ينزل ، والحكم فى ذلك هو حكم الاستمناء فى المذاهب المختلفة^(١) .

٥٠٣ — العجز عن ادعاء الشبهة : — ويرى أبو حنيفة أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دارئة للحد فالزنى الأخرس والزانية الخرساء لا يحدان ولو ثبت الزنا ضدّهما بشهادة الشهود ، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة ، ومن المحتمل أن يدعيها لو استطاعا النطق ، وكذلك الشأن فى المجنون الذى زنا حال إفاقته ، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لا يحد بإقراره إذا أقر كتابة أو إشارة ، لأن الإقرار المعتبر عنده هو الإقرار بالخطاب والعبارة ، دون الكتابة والإشارة ، فلو كتب الأخرس الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة فإنه لا حد عليه ، لأن الشرع

(١) راجع فى كل ما سبق حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٢١٥ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ — المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ — الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٠٦ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ — المحلى ج ١١ ص ٢٩٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ والمجزء الثانى ص ١٩٧ — وراجع أيضاً تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٣٩ — وتفسير للحيط لأبى حيان ج ٦ ص ٣٩٧ — وتفسير الألوسى ج ٥ ص ٤٨٦ وتفسير روح البيان ج ٤ ص ٦١ — وتفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٠٥ — وتفسير الطبري ج ١٨ ص ٦ .

علق وجوب الحد على البيان المنتهى ، والبيان لا يقتضى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة ، ولا يقتضى بالكتابة والإشارة ^(١) .

ويرى الزيدون ما يراه أبو حنيفة من أن الخرس والجنون شبهة تدرك الحد ولكنهم يرون أن إقرار الأخرس صحيح إذا فهمت إشارته أو كان إقراره كتابة ^(٢) وعند المالكيين والشافعيين والحنابلة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا يعتبر شبهة ، ويقولون بحد الأخرس والجنون إذا ثبت الزنا بالبينة ، كذلك يقولون بإقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها ^(٣) ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البينة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار ^(٤) . وهم فوق هذا لا يعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات ، ومقتضى هذين المبدأين أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا أثر له على الحد .

٥٠٤ — إنظر أصل الرائيين : ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانين يعتبر شبهة إذا أقر الآخر ولم يكن دليل غير الإقرار ، فلا يعاقب المنكر لأنه لا دليل عليه إلا إقرار التهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يحد المقر لأننا صدقنا المنكر في إنكاره فصار المقر محكوماً بكذبه ، وتعليل ذلك أن الحد انتهى في حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر ، إذ الزنا فعل واحد لا يقع إلا من شخصين فإن تمكنت فيه الشبهة نفذت إلى طرفيه ، وهذا لأن للمقر بالزنا ما أقر بالزنا مطلقاً وإنما أقر بالزنا مع آخر منكر فإذا درأ الشرع عن هذا الآخر عين ما أقر به المقر فيندريء الفعل عن المقر ضرورة .

ولكن أبا يوسف ومحمد يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد والزيدون .

(١) بمانع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ .

(٢) شرح الأزهاري ج ٤ ص ١٥٩ ، ٣٥٠ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٠ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٧١ — النفي جزء ١ ص ١٧١ .

(٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

من أن المقر يحد بإقراره ، ولا يؤثر على عقوبته إنكار الطرف الآخر ، لأن الإقرار حجة في حق المقر ، وعدم ثبوت الزنا في حق المنكر لا يورث شبهة العدم في حق المقر .

أما الظاهريون فعندهم أن إنكار أحد الزانيين لا يؤثر على عقوبة المقر ، لأنهم لا يسقطون الحد بالشبهة ، ولأن القاعدة عندهم أن من أقر إقراراً تاماً بحق في مال أو دم أو بشرة ، وكان عاقلاً بالغاً غير مكره ولم يصل إقراره بما يفسده ، فقد لزمه إقراره ولا رجوع له بعد ذلك ، فإن رجع لم ينتفع برجوعه ، وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال^(١)

٥٠٥ — ادعاء أحد الطرفين الزوجية : وإذا أقر أحد الطرفين بالزنا فادعى الطرف الآخر الزوجية ، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن لا يحد منهما لأن دعوى النكاح تحتل الصدق ، وبتقدير صدق مدعى النكاح منهما يكون ادعاء النكاح شبهة ، ويسقط الحد لاحتمال صدق دعوى النكاح .

ويرى مالك والشافعي حد المقر ما لم يثبت قيام الزوجية ، وأصول الظاهريين والزيديين تقتضي الأخذ بهذا الرأي^(٢)

وإذا ضبط شخص يظن امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولها على ما يرى جمهور الفقهاء ما لم يشهد الشهود بزناها ، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية .

فإذا شهد الشهود بزناهم فلا يسقط ادعاء الزوجية الحد إلا إذا أقاما البينة

(١) تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٣٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغني ج ١٠ ص ١٦٨ — المحلى ج ٨ ص ٥٢٠ وج ١١ ص ١٥٣ — شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ — المغني ج ١٠ ص ١٥٨ — المرفقة ج ١٦ ص ٣٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

على النكاح ، لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل ؛ مجرد قولهما ، ويرى البعض إسقاط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة^(١) .

ويرى ابن حزم التفريق بين ما إذا كانا غريبين أو معروفين ، فإن كانا غريبين أو لا يعرفان فلا شيء عليهما ، ولا يعرض لهما ولو قامت البينة على الوطء ، ولا يكلفان إقامة البينة على النكاح . وإن كانت المرأة معروفة ومعروف أن لزوج لها فإن أمكن ما يقول الواطئي فلا شيء عليهما ، لأن أصل دمائهما وأبشارهما على التحريم يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »^(٢) فلا يجوز إباحة ما حرم الله إلا بتعيين لاشك فيه ، وإن كان كذبهما متيقناً فالحد واجب عليهما^(٣) .

٥٠٦ - بقاء البطارة : وعدم زوال البكارة يفتبر شبهة في حق المشهود

عليها بالزنا عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ، فإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وشهد ثقات من النساء بأنها عذراء فلا حد عليها للشبهة ولا حد على الشهود .

ولكن مالكا يرى الحد على المرأة ، لأن المثبت مقدم عن النافي ولأن من المحتمل أن يحصل الوطء دون أن يترتب عليه إزالة البكارة ، ولزفر صاحب أبي حنيفة رأى مماثل ، هو أيضاً رأى الظاهريين ، ولكن ابن حزم انظاهرى يرى أن الحكم يختلف بحسب ما يقرر النساء على ضمه عذرتها ، فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولا بد وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهوا ، فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة وأغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٨ - الفتى ج ١٠ ص ١٦٢

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

(٣) المعلى ج ١١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ .

بإبلاج الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها ، لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(٢١)
وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإبلاج يزيل البكارة فإنه يبقى
بعد ذلك أن الفعل الذي شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير .

الركن الثاني تمسك الوطاء

٥٠٧ — يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزاني أو الزانية نية العمد
أو القصد الجنائي ، ويعتبر القصد الجنائي متوفراً إذا ارتكب الزاني الفعل وهو
عالم أنه يطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهي تعلم أن
من يطأها محرم عليها .

فإن أتى أحدهما الفعل متممداً وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه ، كمن زفت
إليه غير زوجته فوطئها على أنها زوجته ، أو كمن زفت إلى غير زوجها فكنته
معتقدة على أنه زوجها ، وكمن وجد في فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها
زوجه ، أو كمن وجدت في فراشها رجلاً فكنته معتقدة أنه زوجها . وكمن
تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير
مادام لا يعلم بالزواج الأول ، وكمن مكنت مطلقها طلاقاً بائناً وهي لا تعلم أنه طلقها
ويشترط أن يعاصر القصد الجنائي إتيان الفعل المحرم ، فمن قصد أن يزني
بامرأة ثم تصادف أن وجدها في فراشه فأتاها على أنها امرأته لا يعتبر زانياً لانعدام
القصد الجنائي وقت الفعل كذلك لو قصد إتيان امرأة أجنبية فأخطأها وأتى
امرأته فإنه لا يعتبر زانياً ولو كان يعتقد أنه يأتي الأجنبية لأن الوطاء الذي
حدث غير محرم .

والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج في داز الإسلام بحمل الأحكام^(٢٢)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٠ — أسنى المطالب .
ج ٤ ص ١٣٢ — المفتي ج ١٠ ص ١٨٩ — المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٥٠ .
(٢) راجع مبحث « أثر الجهل على المسؤولية » في الجزء الأول من كتاب التفسير
الجنائي ص ٤٣٠ وما بعدها .

فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل تحريم الزنا ، وبالتالي انعدام القصد الجنائي ،
ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجهل الأحكام بمن لم تيسر له ظروفه
العلم بالأحكام كمسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ في دار الإسلام وتحتل ظروفه
أن يجهل التحريم ، أو كجنون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا ففي هاتين
الحالتين وأمثالهما يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائي ^(١) .

وإذا ادعى الجاني الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو بطلانه مما يعتبر
الوطء فيه زنا ، فيرى البعض أن لا يقبل احتجاجه بجهل الحكم ، لأن فتح هذا
الباب يؤدي إلى إسقاط الحد ، ولأن الفروض في كل فرد أن يعلم ما حرم عليه
ويرى البعض قبول الاحتجاج لأن معرفة الحكم تحتاج لفقهاء وتحقق على غير أهل
العلم ، وأصحاب هذا الرأي الأخير يعملون الجهل بالحكم شبهة تدرأ الحد عن
الجاني ولا تعفيه من عقوبة التعزير ، ومما يؤثر من قضاء الصحابة في هذاب الباب أن
امرأة تزوجت في عدتها في عهد عمر رضي الله عنه فلما عرض عليه الأمر قال هل
علتما ؟ فقالا : لا . فقال لو علمتما لرجعتكما ، فجلدها أسواطاً ثم فرق بينهما . وأنت
امرأة إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقالت إن زوجي زنا بماريتي . فقال
الزوج صدقت هي وما لها لي حل ، فدرأ على عن الرجل الحد بادعاء الجهالة ^(٢)

وبلاحظ أن هناك فرقاً بين قول الاحتجاج بجهل تحريم الزنا وقبول
الاحتجاج بجهل فساد النكاح أو بطلانه ، فقبول الاحتجاج الأول يؤدي إلى
إعفاء الجاني من العقوبة على أساس انعدام قصده الجنائي ، وقبول الاحتجاج
الثاني عند من يقبله لا يعدم القصد الجنائي وإنما يقوم الاحتجاج شبهة تؤدي إلى
درء الحد ولا تمنع من عقوبة التعزير .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ - المذهب ج ٢

ص ٣٨٤ - المغني ج ١٠ ص ١٥٦ - المحلى ج ١١ ص ١٧٨ - شرح الأوزار ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٥ - المغني ج ١٠ ص ١٥٦

المحلى ج ١١ ص ١٨٨ .

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٥٠٨ - التطور التشريعي لعقوبة الزنا : — كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت ، والإيذاء بالتميير أو الضرب ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ واللّاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان توابا رحيمًا ﴾ (١) .

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين ، فرأى البعض أن النص الأول جاء بحكم النساء فقط وليس فيه حكم الرجال ، وأن النص الثانى عطف على النص الأول عطفاً متصلاً بقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ فكان هذا حكماً زائداً للرجال مضافاً إلى ما قبله من حكم النساء ، وعلى هذا فحكم النساء الزواني كان الحبس في البيوت حتى يمتن أو يجعل الله لهن سبيلا بحكم آخر ، وحكم الرجال الزناة كان الأذى (٢)

ورأى البعض أن النص الأول مبين لعقوبة الثيب ، وأن النص الثانى يبين عقوبة البكر وحجتهم أن المراد بقوله تعالى ﴿ من نسائكم ﴾ الثيب ، لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ولا فائدة نعلمها في إضافته ههنا إلا اعتبار الثبوبة ، كذلك فإن النصين قد جاءا بعقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد (٣)

(١) النساء : ١٥ ، ١٦ . (٢) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ وما بعدهما .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ١١٩ .

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثانى وهو قوله ﴿واللذان يأتيانها منكم﴾ ناسخ لقوله تعالى ﴿واللآتى يأتيان الفاحشة من نسائك﴾ والقائلون بهذا رأى يحملون قوله عز وجل ﴿واللذان يأتيانها منكم﴾ على أن المراد به الزانى والزانية^(١).

ومن المتفق عليه أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾^(٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(٣).

وقد استقر الحكم بعد ذلك على جلد غير المحصن وتغريبه - مع خلاف في التمثيب - وعلى رجم المحصن دون جلده مع خلاف في الجلد ، وستعرض لهذه الخلافات فيما بعد .

وعقوبة الرجم مسلم بها من جميع المسلمين ، ولا ينكرها إلا طائفة الأزارقة من الخوارج ، لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر ، على أن الرجم ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقول والفعل :

فأما قوله فهو : أ - ما ذكرنا «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا .. الخ» ب - ما رواه أبو هريرة وزيد بن خالد قالا : «إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشئت بك كتاب الإفضيت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفضه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله واثبتنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل ، قل إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابني لرجم فافنديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله

(١) المعلى ج ١١ ص ٢٢٩ (٢) النور : ٢

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

صلى الله عليه وسلم ، والذي نفسى بيده لأفضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم
رد وعلى ابنك جلد مائة وتعريب عام ، واغذُ يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى
امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، قال ففدا عليها فاعترفت بأمرها فأمر بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجعت ^(١) .

ح - ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد
ألا إله إلا الله وإني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب
الزاني ، والمفارق لدينه التارك للجماعة ^(٢) » .

وأما فعلة فقد أمر صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية كما أمر برجم
يهوديين زنيا وذلك كله ثابت مما روى عنه صلى الله عليه وسلم :

أ - فقد روى أبو هريرة قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو
في المسجد فناده فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات
فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟
قال : لا ، قال فهل أحصنت ؟ قال : نعم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهبوا به
فارجموه قال ابن شهاب فأخبرني من سمع من جابر بن عبد الله ، قال : كفت فيمن
رجمه ، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه ^(٣) .

ب - وروى سليمان ابن بريدة عن أبيه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته
امرأة من غامد من الأزد فقالت : يا رسول الله طهرني ، فقال ويحك ارجعي
فاستغفري الله وتوبى إليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن
مالك ، قال : وماذا ذاك ؟ قالت إنها حبلى من الزنا ، قال : أنت ؟ قالت نعم ،
فقال لها حتى تضعي ما في بطنك ، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ،
قال : فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذن
لا ترجعها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال :
إلى رضايعه يا نبي الله ، قال فرجمها ^(٤) .

(١) رواه الجماعة (٢) رواه الجماعة (٣) متفق عليه

(٤) رواه مسلم والدارقطني

ح - وروى ابن عمر أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وآله وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا ، فقال : ماتجدون في كتابكم ، فقالوا نسخم وجوههما ويغزيان ، قال كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فأتوها إن كنتم صادقين فبجأوا بالتوراة ، وجاءوا بقرارهم ، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه ، فقيل له ارفع يدك ، فرقع يده فإذا هي تلوح ، فقال أو قالوا : يا محمد فيها الرجم ولكننا كننا نكفكته فيما بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرجما ، قال : فلقد رأيته يجنأ عليهما يقيمها الحجارة بنفسه ^(١) .

وإذا كان الشارع قد فرق في العقوبة بين المحصن وغير المحصن ، فذلك لأن المحصن إذا زنا بعد أن توفرت مواقع الزنا لادنيه كان زناه في غاية القبح ، ووجب أن تكون عقوبته في غاية الشدة .

ونخلص مما سبق إلى أن عقوبة الزنا نوعان (١) عقوبة البكر (٢) عقوبة المحصن

المبحث الأول

في عقوبة البكر

٥٠٩ - عقاب البكر الزاني : - إذا زنا البكر سواء كان رجلاً أو امرأة عوقب بعقوبتين : أولاهما الجلد ، والثانية التغريب ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ^(٢) .

ويلاحظ أن الشريعة تفرق بين عقوبة الأحرار وعقوبة الأرقاء في الزنا ، فتخفف عقوبة الرقيق وتشد عقوبة الحر ، مراعية في ذلك ظروف كل منهما ، ولكننا لن نتعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار ناظرين في ذلك إلى أن الرق التي في كل أنحاء العالم ، وأن لاحتاجة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق

٥١٠ - أورد - عقوبة الجلم : - إذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة

(١) الحديث متفق عليه (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي .

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ^(١) ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ^(٢).

وعقوبة الجلد حدٌّ ، أى عقوبة مقدرة ، فليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها لأى سبب من الأسباب ، أو ظرف من الظروف ، وليس له أن يوقف تنفيذها أو أن يستبدل بها غيرها ، كما أن ولى الأمر لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يملك العفو عنها كلها أو بعضها .

وسنتكلم عن طريقة الجلد وشروطه عند الكلام على تنفيذ العقوبة .

٥١١ - ثانياً - التغريب : إذا زنا البكر جلد مائة جلدة وغرب عاماً

والتغريب هو العقوبة الثانية للزاني ، ولكن الفقهاء يختلفون في وجوبها فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن التغريب ليس واجباً ، ولكنهم يحيزنون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى في ذلك مصلحة ، فعقوبة التغريب عندهم ليست حداً كالجلد وإنما هى عقوبة تعزيرية ، ومن هذا رأى الشيعة الزيدية ^(٣) ويرى مالك والشافعى وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، ويمتثلون بالتغريب حداً كالجلد وحجتهم حديث الرسول « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وماروى عن عمر وعلى أنهما جلدا وغربا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فصار عليهما إجماعاً ^(٤).

ومن هذا رأى الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصرح النص ^(٥)

٥١٢ - تغريب المرأة : ويرى مالك أن التغريب جمل للرجل دون المرأة ،

لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأن الأمر لا يخلو إن غربت أن تغرب ومعها محرم

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

(١) النور : ٢

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٦ شرح

الازهار ج ٤ ص ٣٤٩

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ - المنى ج ١٠ ص ١٣٣

(٥) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ - ١٨٨

أو أن تغرب دون محرم . والأصل أنه لا يجوز أن تغرب دون محرم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحمل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور ، وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزنان ، ونقي من لا ذنب له ، وإن كلفت بحمل أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد به الشرع ، وبما لا يمكن أن يحدث مثله للرجل .

ولهذا يخص المالكيون الخبر الوارد في التغريب ، ويعملونه في حق الرجل دون المرأة ، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومة فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة للذكورة فيه ، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفضلا عما سبق فإن العمل بعموم النص يؤدي إلى فوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا ، وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه^(١) . ويرى الشافعي وأحمد والظاهرية أن التغريب عقوبة واجبة على كل من للرجل والمرأة^(٢) .

٥١٣ - ماهية التغريب : - اختلف الفقهاء في ماهية التغريب ، فقال مالك وأبو حنيفة إن التغريب معناه الحبس ، فيحبس المغرب في البلد الذي يغرب إليه مدة لا تزيد على سنة فالتغريب عند المالكيين والحنفيين معناه الحبس في بلد غير البلد الذي وقعت فيه الجريمة ، ومن هذا الرأي الزيدون^(٣) . ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر ، على أن يراقب للمغرب بحيث يحفظ بالمراقبة في البلد الذي غرب إليه ، ولا يحبس فيه ، فالتغريب عند الشافعيين والحنابلة هو الوضع تحت المراقبة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - المفتي ج ١٠ ص ١٣٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المفتي ج ١٠ ص ١٣٤ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ - حاشية ابن عابدتن .

ج ٣ ص ٢٠٣ شرح الأزهاري ج ٤ .

في بلد آخر^(١) ومن هذا الرأي الظاهريون^(٢).

ويشترط بعض الفقهاء في التغريب أن يكون لمسافة لا تقل عن مسافة القصر^(٣). ويرى البعض أن يكون النفي من عمل الحاكم إلى عمل غيره دون التقيد بمسافة معينة، فلو نفى إلى قرية تبعد عن محل الحادث ميلاً لكنني، كما يجوز أن ينفي من مصر إلى مصر لأن النفي ورد مطلقاً فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم^(٤) والمقصود من المراقبة أن يمنع الزاني عن العودة إلى بلد قبل انتهاء المدة، أو إلى مادون مسافة القصر على رأى البعض، ويرى البعض أن المراقبة مقصود بها إلزام المغرب بالإقامة في البلد للمغرب إليه، فلا يمكن من الضرب في الأرض^(٥) وإذا كانت القاعدة عند الشافعيين أن التغريب معناه النفي إلا أنهم يميزون حينئذ المغرب إذا خيف رجوعه إلى البلد الذي غرب منه^(٦).

ويرى الشافعيون إعادة تغريب المغرب إذا رجع إلى البلد الذي غرب منه، على أن تستأنف المدة من جديد ليتوالى الإيحاء وحتى لا تفترق السنة^(٧) أما الحنابلة فيرون إعادة التغريب في حالة الرجوع عن أن ينفي على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل ما بقي من الحول لالبيدأ حولا جديداً^(٨).

وإذا زنا المغرب في البلد الذي غرب إليه جلد، وغرب إلى بلد آخر، ودخلت المدة الباقية من التغريب الأول في مدة التغريب الثانية لتجانس الحدين. وهذا متفق عليه في مذهب مالك والشافعي وأحمد، ولكن الظاهريين يرون أن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - النفي ج ١٠ ص ١٣٦ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢
(٣) سافة القصر تختلف عليها فذهب مالك والشافعي وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالدير الوسط وقال أبو حنيفة والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وقال الظاهريون إن المسافة ميل فأكثر - بداية المجتهد ج ١ ص ١٣١ المحلى ج ٥ ص ١ وما بعدها.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٨ - النفي ج ١٠ ص ١٣٦

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠

(٧) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٨) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢

تستتم مدة التغريب الأولى ثم تبدأ في الثانية^(١) لأن القاعدة عندم أن ماوجب من حد لايجزى عنه حد آخر .

وإذا زنا الغريب غرب إلى غير بلده ، وإذا زنا في البلد الذى غرب إليه غرب إلى بلد آخر غير الذى غرب منه ، ويرى بعض المالكيين أن حجن الغريب في البلدة التى زنا فيها يعتبر تغريباً له ولكن الشافعيين والحنابلة يشترطون أن يغرب عنها^(٢) .

المبحث الثانى

في عقوبة المحصن

٥١٤ - تدير عقوبة المحصن : - فرقت الشريعة بين المحصن والبكر في عقوبة الزنا ، وخففت عقوبة البكر وشددت عقوبة المحصن ، وجعلت عقوبة البكر الجلد والتغريب وعقوبة المحصن الجلد والرجم ، ومعنى الرجم القتل رمياً بالحجارة وما أشبهه

وعلة التخفيف على البكر هى علة التشديد على المحصن ، فالشريعة الإسلامية تقوم على الفضيلة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وتوجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، كما توجب عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فعقابه أن يحلده مائة جلدة ويغرب سنة ، وشقيقه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيرها فى الزواج الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن ثم أتى الجريمة فعقوبته الجلد والرجم ، لأن الإحصان يسد الباب على الجريمة ولأن الشريعة لم تجعل له بعد الإحصان سبيلاً إلى الجريمة ، فلم تجعل للزواج أبدياً حتى لا يقع

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - الإقناع ج ٤

ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ١٣٤ (٢) المراجع السابقة .

في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل المصمة في يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت ، وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهم ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن أبواب الحلال ، وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المآذير التي تدعو لتخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بعقوبة الاستئصال التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

٥١٥ - الرجم : فأما الرجم فعقوبة معترف بها من جميع الفقهاء إلا طائفة الأزارقة من الخوارج لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر ، وعندهم أن عقوبة المحصن وغير المحصن هي الجلد مستنفدين لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

والرجم هو قتل الزاني رمياً بالحجارة وما أشبهها .
والأصل في الرجم كما بينا ^(١) هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله فالرجم إذاً سنة قولية وسنة فعلية في وقت واحد .

٥١٦ - الجلد : - والجلد هي العقوبة الثانية للزاني المحصن طبقاً للنصوص .
« خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ^(٢) .
لكن الفقهاء يختلفون على ما إذا كانت عقوبة المحصن هي الرجم وحده ، أو هي الرجم والجلد معاً .

وحجة القائلين بالجلد مع الرجم أن القرآن جعل الجلد عقوبة أساسية للزنا ، وذلك قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ^(٣) ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب ، والتغريب في حق البكر فوجب الجمع

(١) تراجع الفقرة ٥٠٨ وما كتبناه عن التطور التشريعي لعقوبة الزنا .

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي (٣) النور : ٢

بينهما ، وقد فعل ذلك على بن أبي طالب حيث جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدها بكتاب الله ، ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث الرسول صريح في الجمع بين الجلد والرجم « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، وإذا كان نص الحديث قد جعل للبكر عقوبتين الجلد والتغريب ، وجعل للمحصن عقوبتين الجلد والرجم وقد سلمنا بعقوبتي البكر ، فقد وجب التسليم بعقوبتي الثيب ، فيجلد أولاً ثم يرجم ثانياً . وبهذا الرأي قال بعض الفقهاء ، منهم الحسن وإسحق وابن المنذر وعليه مذهب الظاهريين ، والشيعة الزيدية ، وهو رواية في مذهب أحمد^(١)

وحجة القائلين بأن العقوبة هي الرجم دون الجلد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ما عزا والغامدية ورجم يهوديين . ولم يرد عنه أنه جلد واحداً منهم وأن الرسول في حادث العسيف قال « أغدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »^(٢) ولم يأمر بجلدها . وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله فوجب تقديمه . هذا من جهة النصوص . أما من جهة المعنى فإن القاعدة العامة أن الحد الأصغر ينطوى في الحد الأكبر . لأن الحد إنما وضع للزجر . ولا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وأصحاب هذا الرأي هم جمهور الفقهاء . وهم يسلمون بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو داخلاً في الرجم ، ومن أصحاب هذا الرأي مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٣) .

وهناك رأى ثالث يرى أصحابه أن الثيب إن كان شيخاً جلد ورجم فإن كان شاباً رجم ولم يجلد لما روى عن أبي ذر قال « الشيخان يجلدان ويرجمان ، والثيبان يرجمان والبكران يجلدان وينفيان »^(٤) وعن أبي ابن كعب ومسروق مثل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ - المغني ج ١٠ ص ١٢٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٣٣ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٤٤ (٢) رواه الجماعة .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ - أسنى المطلب ج ٤ ص ١٢٨ - المغني ج ١٠ ص ١٢٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤

هذا^(١) . ولعل أساس هذا الرأي أن زنا الشيخ مذموم ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يظفر الله إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر »^(٢) .

٥١٧ - هارت مختلف على عقوبتها : وهناك حالات بعينها مختلف على العقوبة الواجبة فيها ، ويرجع هذا إما إلى الاختلاف على تكييف هذه الحالات وإما إلى الاختلاف على النصوص التي تحكمها ، وسنتكلم على هذه الحالات فيما يلي :

٥١٨ - هلالة اللواط : يترتب على اعتبار اللواط زنا أن يعاقب عليه بعقوبة الزنا ، ولكن القائلين باعتبار اللواط زنا اختلفوا في عقوبته : فقال مالك : إن عقوبة اللواط الرجم مطلقاً سواء كان الفاعل والمفعول به محصنين أو غير محصنين^(٣) .

وفي مذهب الشافعي وأحمد ثلاثة آراء^(٤) :

أولها : أن اللواط حكمه حكم الزنا ، فيعاقب اللواط والموط به بعقوبة الزنا ، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جلد وغرب وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه أبو موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان »^(٥) ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب .

وثانيها : أن اللواط هو الذي يرمم أما الموط به فلا يرمم وإنما يجلد ويغرب في كل الأحوال سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن لأن الإحصان

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤ (٢) رواه مسلم والنسائي .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المهذب

ج ٣ ص ٢٨٥ - المغني ج ١٠ ص ١٦١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

(٥) أخرجه البيهقي وأبو داود والطيالسي وراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

جمل للقبل وهو يؤتى في الدبر ولا يتصور في الدبر إحصان . وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر فعله زنا فهو زنا من غير محصن مادام الإحصان لم يجعل للدبر .
وثالثها : أن عقوبة اللواط والموط به القتل في كل حال ، أى سواء كان محصناً أو غير محصن . وفي قتله رأيان : رأى يرى القتل رجماً . ورأى يرى القتل بالسيف . وحجة القائلين بالقتل مارواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »^(١) وقد كان إطلاق القتل في الحديث حجة لمن قال بأن القتل يكون بالسيف في كل حال .
وفسر آخرون القتل بالرجم لأنه وطء يجب به الحد . فسكان القتل بالرجم كما هو الحال في الزنا .

ويرى أبو حنيفة أن اللواط ليس زنا فلا يعاقب عليه بعقوبة الزنا وإنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية . ولأمانع عند أبي حنيفة من أن يحبس حتى يموت أو يتوب . وإذا اعتاد اللواط يقتل سياسة لا حداً ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان اللواط زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا فيجلد من لم يحصن ويرجم المحصن^(٢) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أحدهما أن حكم اللواط هو حكم الزنا . فيرجم المحصن . ويجلد من لم يحصن . والثاني أن يقتل الفاعل والمفعول به في كل حال^(٣) .
أما الظاهريون فيرون اللواط شيئاً آخر غير الزنا فهو معصية يعزّر عليها^(٤) .

٥١٩ - هانوط ، المحارم : يرى جمهور الفقهاء أن من وطئ محرماً عوقب بعقوبة الزاني فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن ويفرب . ولكن بعضهم يرى - وهو رأى لأحمد -^(٥) أن من وطئ ذات محرم حده القتل في كل حال

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٢٤

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ (٤) المحلى ج ١١ ص ٢٨٥

(٥) الفتن ج ١٠ ص ١٥٣ .

لما رواه البراء قال : « لقيت عى ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل ينكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله »^(١) ولما رواه الجورجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وقع على ذات محرم فاقتلوه »^(٢) .

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بمقد أو بغير عقد فإنه يقتل محصناً كان أو غير محصن ، ويخمس ماله . وسواء كانت أمه أو غير أمه . دخل بها أبوه أو لم يدخل . وأما من وقع على غير امرأة أبيه من سائر ذوات محارمه بصهر أو رضاع فهو زان وعليه حد الزنا فقط^(٣) وعلة ذلك أن امرأة الأب ورد فيها نص صريح هو حديث البراء . أما من عداها من المحارم فلم يصح في شأنهن نص خاص . فمن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة .

٥٢٠ - هاته وطء البهائم : لا يعتبر وطء البهائم والحيوانات على العموم

زنا عند مالك وأبي حنيفة والظاهريين . وإنما هو معصية فيها التعزير . وكذلك الحكم في تمكين المرأة حيواناً من نفسها . وعلى هذا الرأي الراجح في مذهب الشافعي وأحمد^(٤) .

أما الرأي المرجوح في مذهب الشافعي وأحمد فيرى أصحابه أن الفعل يعتبر زناً ولكنه يعاقب عليه بالقتل في كل الأحوال^(٥) لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة »^(٦) .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة . ويخجلون

(١) رواه الخمسة (نيل الأوطار ج ٧ ، ص ٢٨)

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣١

(٣) المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ (٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨ .

(٥) المغني ج ١٠ ص ١٦٣ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذي .

حقوبة الحصن الرجم وعقوبة غير الحصن الجلد والتغريب^(١) وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو رأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية . وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة^(٢) .

وبرى الشافعيون والحنابلة أن المرأة التى تمكن من نفسها حيواناً عليها ماعلى واطىء البهيمة^(٣) وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على المرأة إلا التعزير^(٤) .

المبحث الثالث

فى الإحصان

٥٢١ — **ارومها** شرط الرجم : رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق فى العقوبة بين الحصن وغير الحصن ، وتعاقب الأول بالرجم دون الثانى ، ومعنى هذا أن الشريعة تجعل الإحصان شرطاً للرجم ، فإذا انعدم الإحصان امتنع الرجم .

وإذا كان الإحصان شرطاً فى الرجم ، فإن الإحصان فى نفس الوقت مجموعة شروط تكون هيئة واحدة أو مجموعة أجزاء لعدة واحدة ، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو علة لوجوب الرجم .

٥٢٢ — معنى **ارومها** . الإحصان لغة : معناه الدخول فى الحصن أو المنع قال تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ويقال أحصن إذا دخل فى الحصن . وللإحصان فى القرآن أكثر من معنى فقد جاء بمعنى التزويج فى قوله تعالى ﴿ والحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾^(٥) وجاء بمعنى الحرية فى

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ . (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٥) النساء : ٢٤

قوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيماكم من فتياتكم المؤمنات ﴾^(١) وجاء بمعنى العفة في قوله تعالى ﴿ ومريم ابنة عمران التي أحصنت فرجها ﴾^(٢) وقوله ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾^(٣) وجاء بمعنى الإسلام والزواج في قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن فإن أتبن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات ﴾^(٤) وجاء بمعنى الحرية والبلوغ والعفة في قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾^(٥) .

٥٢٣ — أنواع الإحصان : الإحصان في الجرائم على نوعين : إحصان الرجم ، وإحصان القذف ، وسنتكلم هنا على إحصان الرجم ، أما إحصان القذف فحل الكلام عليه جريمة القذف .

وإحصان الرجم شرعا : هو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشارع لوجوب الرجم ، أو هو مجموعة من الشروط إذا توفرت في الزاني كان عقابه الرجم بدلا من الجلد .

٥٢٤ — شروط الإحصان : اتفق الفقهاء على بعض شروط الإحصان في جريمة الزنا ، واختلفوا على البعض الآخر ، وسنبين فيما يلي شروط الإحصان سواء منها ما اتفق عليه وما اختلف فيه :

أول — الوط في نسلح صحيح : يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء في نكاح صحيح ، وأن يكون الوطء في القبل لقوله عليه السلام « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيباة تحصل بالوطء في القبل^(٦) .

(٢) التحريم : ١٢

(١) النساء : ٢٥

(٤) النساء : ٢٥

(٣) المائدة : ٥

(٥) التور : ٤

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ — المغني ج ٩ ص ٩٠

ص ١٢٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي من الوطء لا يحصل به إحصان ، ولو حصلت فيه خلوة صحيحة^(١) أو وطء فيما دون الفرج ، أو وطء في الدبر ، لأن كل هذا لا تعتبر به المرأة ثيباً ولا تخرج عن حد الأبكار الذين حدم جلد مائة وتغريب عام .

والوطء الذي يؤدي إلى الثيابة هو الإيلاج في القبل على وجه يوجب الفسل ، أو هو تغيب الحشفة أو مثلها في القبل سواء أنزل أو لم ينزل ، ولا يكفي مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحصان بل يجب أن يكون الوطء في نكاح ، لأن النكاح هو الإحصان لقوله تعالى ﴿ والحاصلات من النساء ﴾ يعني المتزوجات ، فإن كان الوطء في غير نكاح كالزنا ووطء الشبهة فلا يصير به الواطء محصناً دون خلاف .

ويشترط في النكاح أن يكون صحيحاً ، فإن كان فاسداً فإن الوطء فيه لا يحصن كما يرى جمهور الفقهاء^(٢) .

ويشترط إذا كان الوطء في نكاح صحيح أن لا يكون وطئاً محوماً كالوطء في الحيض أو الإحرام ، فإن الوطء الذي يحرمه الشارع لا يحصن ولو كان في نكاح صحيح^(٣) .

ثانياً — البلوغ والعقل : وهما شرطاً الأهلية للعقوبة ، كما أنهما لازمان في كل جريمة ، ويجب توفرهما في الحصن وغير الحصن وقت ارتكاب الجريمة طبقاً للقواعد العامة ، إلا أنهما اشترطا أيضاً في الإحصان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لا يفتي عن اشتراطهما في الإحصان ، فيشترط إذن أن يكون

(١) يرى الهادي من فقهاء الزيدية اعتبار الإحصان بالخلوة ، ولكنهم يتأولون رأيه ويقولون إنه أراد الخلوة مع الدخول — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

(٢) المتن ج ١٠ ص ١٢٦ — الإقناع ج ٤ ص ٣٥٠ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٣

أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠
١٣٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٣) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢

الوطء الذى يحصن حاصلًا من بالغ عاقل ، فإذا حصل الوطء من صبي أو مجنون ثم بلغ وعقل بعد الوطء لم يكن بالوطء السابق محصنًا ، وإذا زنا عوقب على أنه غير محصن (١) .

على أن بعض أصحاب الشافعى يرون - ورأيهم هو المرجوح فى المذهب - أن الواطء يصير محصنًا بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون ، فلو بلغ أو أفاق فزنا رجم دون حاجة إلى حصول وطء جديد بعد البلوغ والإفاقة ، وحجتهم أن الوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون وطء مباح ، فيجب أن يثبت به الإحصان لأنه إذا صح النكاح قبل البلوغ وأثناء الجنون فإن الوطء يصح تبعًا له .

ويرد على ذلك بأن الرجم عقوبة الثيب ولو اعتبرت الثبوبة حاصلة بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون لوجب رجم الصغير والجنون ، وهذا ما لا يقول به أحد ، كذلك فإن هناك فرقًا بين الإحصان والإحلال ، وكل إحلال لا يترتب عليه إحصان ، كما أن الإحصان شرط عقوبة الرجم ولو كان الإحلال يقوم مقام الإحصان لما كان ثمة ما يدعو لاشتراط الإحصان (٢) .

ثالثًا - ومورد السكمان فى الطرفين مال الوطء : أو بتعبير آخر ، ينبغى أن تتوفر شروط الإحصان فى الواطء والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الإحصان ، فيطأ مثلاً الرجل العاقل امرأة عاقلة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى أحدهما فهما معاً غير محصنين . فإذا كان الجانى متزوجاً ودخل بزوجه فى نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة ، فالجانى غير محصن ولو كان هو نفسه بالغاً عاقلاً ، هذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد (٣) .

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان فى الزوجين لإحصانها معاً ،

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ المفتى ج ١٠ ص ١٢٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٨٣ - المفتى ج ١٠ ص ١٢٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ - المفتى ج ١١ ص ١٢٨

وعنده أنه يكفي أن تتوفر شروط الإحصان في أحد الزوجين ليكون محصناً بغض النظر عما إذا كان الزوج الآخر تتوفر فيه هذه الشروط أم لا ، فشرط تحصين الذكر عنده أن تتوفر فيه شروط الإحصان مع إطاعة موطوءته له ولو كانت صغيرة أو مجنونة ، وتتحصن الأنثى عند مالك بتوفر الإحصان فيها وببلوغ واطئها ولو كان مجنوناً^(١).

وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأى أبي حنيفة وأحمد ، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك^(٢).

وفي مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين ، ثم رأى ثالث يرى أن المجنون لا يحصن العاقل بأى حال^(٣)، وإن أحصن البالغ من لم يبلغ .

والذين يشترطون اجتماع شروط الإحصان في الزوجين يملكون ذلك بأن اجتماع هذه الصفات في الزوجين يشعر بكمال حالهما وبكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين ، ويرى أن تخلف أحد هذه الشروط أو بعضها يشعر بالنقص ، فاقضاء الشهوة من المجنونة والصغيرة قاصر ولا يبلغ بالرجل حد الكمال، والمحصن لا تغلظ له العقوبة إلا على أساس أنه في حال الكمال تغنيه عن التفكير في الحرام^(٤).

رابعا - ابو-موسى : ويجعل أبو حنيفة ومالك الإسلام شرطاً من شروط الإحصان وحجتهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لما استشاره حذيفة في زواج كتابية « دعها فإنها لا تحصنك » . ولكن الشافعي وأحمد لا يريان الإسلام شرطاً من شروط الإحصان، ويوافقهما أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، وحجتهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين ، وكان الإسلام شرطاً في الإحصان لما رجمهما ، فضلاً عن أن الأديان عامة تحرم الزنا كما يحرمه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٨ .

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ المفتي ج ١٠ ص ١٢٨ .

الإسلام ، ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب الشافعي وأحد في هذه الوجهة ، أما المذهب الزيدي ففيه الرأي وأرجحهما ما بقول به الشافعي وأحد^(١) .

ويترب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرحم في رأي أبي حنيفة لأنه لا يعتبر محصناً ، إذ الكتابية لا تحصن المسلم ، وكان يجب أن يكون هذا هو الحكم عند مالك لولا أنه لا يشترط الكمال في الزوجين ، ومن ثم فإن الكتابية في رأيه تحصن المسلم ، فإذا زنا المسلم المتزوج من كتابية رجم عند مالك ، كما يرحم عند الشافعي وأحد والظاهريين وبعض الزيديين لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان .

٥٢٥ زنا المحصن بغير محصن : بينا فيما سبق شروط الإحصان ما اتفق عليه منها وما اختلف فيه ، وإذا كان بعض الفقهاء يوجب توفر هذه الشروط في كل من الزوجين لاعتبار أحدهما محصناً ، فإن الفقهاء جميعاً لا يشترطون إحصان كل من الزائنين لوجوب الرجم على أحدهما ، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزائنين ، فإذا كان أحد الزائنين محصناً والثاني غير محصن رجم المحصن ، وجلد غير المحصن .



(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ - المنى ج ١٠ ص ١٢٩ - المحلى ج ١١ ص ١٥٨ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٤٤ .

الفصل الثالث

في الأدلة على الزنا

٥٢٦ — **الأدلة المثبتة للزنا :** - لا تثبت جريمة الزنا المعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة هي :

(١) الشهادة (٢) الإفراز (٣) القرائن (٤) اللعان

وسنتكلم عن هذه الأدلة واحداً بعد الآخر مع ملاحظة أن الإثبات بالقرائن يختلف عليه .

المبحث الأول

في الشهادة

٥٢٧ — **عدد شهود الزنا :** من المتفق عليه أن الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة شهود ، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدن علىهن أربعة منكم﴾^(١) وقوله ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٢) وقوله ﴿ولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾^(٣) .
ولقد جاءت السنة مؤكدة لنصوص القرآن ، ومن ذلك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أرايت لو وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله

(٢) النور : ٤

(١) النساء : ١٥٠

(٣) النور : ١٣

حتى آتى بأربعة شهداء » فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم » وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلal بن أمية لما قذف بامرأته شريك ابن شحاء « البينة وإلا حد في ظهرك »^(١) وروى عنه أنه قال « أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك »^(٢).

وليس لسكل إنسان أن يشهد فتقبل شهادته ، وإنما الشاهد الذى تقبل شهادته هو من توفرت فيه شروط معينة ، بعضها عام يجب توفره فى كل شهادة ، وبعضها خاص يجب توفره فى الشهادة على الزنا .

٥٢٨ - الشروط العامة للشهادة : - للشهادة شروط عامة ، يجب أن تتوفر فى كل شهادة أيا كان موضوعها وهذه الشروط هى : -

٥٢٩ - أولها : البلوغ : - يشترط فى الشاهد أن يكون بالغاً ، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل شهادته ، ولو كان فى حالة تمكنه من أن يعي الشهادة ويؤددها ، ولو كان حاله حال أهل العدالة ، وذلك لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾^(٣) والصبي ليس من الرجال ، وليس ممن ترضى شهادته ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »^(٤) ولأن الصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، وإذا كانت شهادة الصبي لا تقبل فى الأموال فلا ن لا تقبل فى الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للعضو^(٥).

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا تقبل شهادة من هو دون البلوغ

(١) رواء الجماعة إلا مسلماً والنسائى

(٢) رواء النسائى (٣) البقرة : ٢٨٢

(٤) أخرجه ابن ماجة وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرک وراجع خليل الأوطار ج ٦ ص ١٦٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٣ ، ٥٢٠ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ - الاقناع ج ٤ ص ٤٣٦ - المحلى ج ٩ ص ٤٢٠ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣

فإن مالك يرى استثناء أمن هذه القاعدة ، قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء بشروط خاصة أهمها : أن يكون الشاهد مميزاً ، أى ممن يعقل الشهادة وأن لا يحضر الحادث كبير . وقد أجاز مالك شهادة الصبيان في هذه الحالة للضرورة (١) .

وما يراه مالك هو رواية مذهب أحمد ، حيث يرى قبول شهادة الصبيان في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لاحتمال أن يلقنوا . وروى عن أحمد رواية ثالثة : تلخص في أن شهادة الصبي تقبل إن كان ابن عشر ، ولكن البعض يخص هذه الرواية بغير الحدود والقصاص (٢) .

وفي مذهب الزيدية رأى مرجوح يرى أصحابه جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ، في الشجاج ما لم يتفرقوا ، ويتأول بعضهم هذا رأى فيقول : إن الشهادة تقبل للتأديب لا للحكم (٣)

٥٣٠ - ثانياً - العقل : يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً . والعاقل من عرف الواجب عقلاً ، الضروري وغيره ، والممكن والمتنع ، وما يضره وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يجن أحياناً في حالة إفاقته إذا كان يفيل إفاقة يعق معها الشهادة ، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » كما أن شهادة المجنون لا تقبل للمعنى المانع من قبول شهادة الصبي (٤) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٧

(٢) المفتى ج ١٢ ص ٢٧ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٣

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - أسنى المطالب ج ٤

ص ٣٣٩ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - البحر الرائق ج ٧

ص ٨٥ - المحل ج ٩ ص ٤٢٩

٥٣١ - ثالثاً - الحفظ : ويشترط في الشاهد أن يكون قادراً على حفظ

الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على ما يقول ، فإن كان مغفلاً لم تقبل شهادته . ويلحق بالغفلة كثرة الغلط والنسيان ، ولكن تقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط ، لأن أحداً لا ينفك من الغلط .

والعلة في عدم قبول شهادة المغفل - ولو كان عدلاً - أنه لا يؤمن على ما يقول ولا تمنع عدالته من أن يغفل ، فيشهد على الرجل مثلاً ولا يعرفه ، يتسمى له بغير اسمه ، كما أنه يخشى عليه أن يلتصق بغيره بما ألقى إليه . لكن إذا لم يكن في الشهادة ما يدعو إلى التلبس تقبل شهادة المغفل نحو قوله : رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص ، أو رأيت فلاناً يطأ فلانة .^(١)

على أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة يؤثر عنه أنه كان يحيز شهادة المغفل ولا يحيز تعديله ، لأن التعديل يحتاج إلى الرأي والتدبير ، والمغفل لا يستقصى في ذلك ، بينما كان محمد يرد شهادة الصوام القوام المغفل ويقول : إنه شر من الفاسق في الشهادة^(٢) والزيديون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان ، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثر لا يصححون شهادته ، والأقلون يحفلونها موضع اجتهاد^(٣)

٥٣٢ - رابعاً : الكلام : يشترط في الشاهد أن يكون قادراً على

الكلام فإن كان أخرس فقد اختلف في قبول شهادته : ففي مذهب مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته وفي مذهب أحمد لا يقبلون . شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته ، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى للشهادة بخطه ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٤٢ - أسنى الطالب ج ٤

ص ٣٥٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥

(٣) شرح الأثر ج ٤ ص ١٩٧

وفي مذهب أبي حنيفة لا يقبلون شهادة الأخرس سواء كانت بالإشارة أو بالكلمة ، وفي مذهب الشافعي خلاف على قبول شهادة الأخرس ، منهم من قال : تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه ، فكذلك في الشهادة ، ومنهم من قال : لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة ، وقد قبلت في النكاح والطلاق للضرورة لأنهما لا يستفادان إلا من جهته ، ولا ضرورة تدعو لقبول إشارته في الشهادة لأنها تصح من غيره بالنطق ، ومن ثم لا تجوز إشارته ، وفي مذهب الزيدية رأيان أحدهما أن شهادة الأخرس لا تصح إطلاقاً ، والثاني أنها تصح ^(١) .

٥٣٣ - خامساً : الرؤية : ويشترط في الشاهد أن يرى ما يشهد به ، فإن كان الشاهد أعمى فقد اختلف في قبول شهادته ، فالحنفيون لا يقبلون شهادة الأعمى ، لأن أداء الشهادة يحتاج إلى أن يشير الشاهد إلى المشهود له والمشهود عليه ، ولأن الأعمى لا يميز إلا بالنفحة وفي تمييزه شبهة ، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة ولو كان بصيراً وقت تحمل الشهادة ، بل إنهم يرون شهادة البصير الذي أعمى بعد أداء الشهادة وقبل القضاء ، لأنهم يشترطون الأهلية في الشاهد وقت القضاء لتكون شهادته حجة .

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الأعمى لا تقبل سواء فيما كان طريقه الرؤية ، وما كان طريقه السماع والشهرة والسمع . ولكن أبا يوسف يميز شهادة الأعمى فيما طريقه السماع مطلقاً ، ويميزها فيما طريقه الرؤية إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء ، إذا كان يعرف المصوم بأسمائهم وأنسابهم ويرى زفر أن شهادة الأعمى تجوز فقط في غير الحدود والقصاص فيما يجري فيه التسماع كالنسب والموت ، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة ^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٦ - البحر الرائق ج ٧

ص ٨٥ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - شرح الأذهار ج ٤ ص ١٩٢

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ - طرق الابنات

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى في الأقوال ، ولو كان قد تحملها بعد العمى مادام فطننا لاشتبه عليه الأصوات ويتيقن المشهود له والمشهود عليه ، فإن شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته ، أما شهادة الأعمى في المراتب فلا تقبل إلا أن يكون تحملها بصيراً ثم عمى وهو يتيقن عين المشهود له أو يعرفه باسمه ونسبه^(١) .

ويجيز الشافعيون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت لأن طريق العلم به السماع ، والأعمى كالبصير في السماع ، ولا يجيزون أن يكون شاهداً في الأفعال كالقتل والنصب ، لأن طريق العلم بها البصر ، ولا شاهداً في الأموال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده لأن شهادته ستقوم على العلم بالصوت وحده ، والصوت يشبه الصوت ، فأما إذا كان المشهود عليه في يده كرجل أقر ويد الأعمى على رأسه فشهد وهو في يده لم يفارقه فتقبل الشهادة لأنها عن علم ويقين . وإذا تحمل الشهادة وهو بصير قبلت شهادته إذا كان الخصوم معروفين له بالاسم والنسب ، أو إذا كان المشهود عليه في يده لم يفارقه بعد العمى . ويرى بعض فقهاء المذهب قبول شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال إذا عرف الصوت^(٢) .

وفي مذهب أحمد يجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت : أى أنهم يجيزون شهادته في الأقوال مطلقاً . أما في الأفعال فيجيزون شهادته في كل ما تحمله قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه^(٣) .

ومذهب الزيديين لا يكاد يختلف عن مذهب الشافعي ، فالقاعدة عندهم أن شهادة الأعمى لا تصح فيما يقتصر إلى الرؤية عند الأداء ، فإذا شهد بما يحتاج إلى المعاينة عند أداء الشهادة لا تقبل شهادته إلا أن يسكون المشهود عليه في يده من

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٥٣ — أسنى الطالب ج ٤ ص ٣٦١ .

(٣) المغنى ج ١٢ ص ٦١ ، ٦٢ .

قبل ذهاب بصره كثوب متنازع عليه فإذا لم تكن المعاينة لازمة عند الأداء قبلت شهادة الأعمى فيما يثبت بطريق الاستفاضة كالنسب والنكاح ، فإن كان مما لا يثبت بطريق الاستفاضة قبلت شهادته فقط فيما تحمله قبل ذهاب بصره ، لأن الشهادة على الصوت وحده لا تصح ، على أن البعض يرى قبول الشهادة كلما عرف الأعمى الصوت على وجه اليقين^(١) .

أما المظاهر يرون فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال والأفعال ، وفيما تحمله قبل العمى وفيما تحمله بعده ، ويردون على من يقولون إن الأصوات تشبه بأن الصور أيضاً تشبهه ، وما يجوز لمبصراً أو أعمى أن يشهد إلا بما يوقن ولا يشك فيه ، وأن الأعمى لو لم يقطع بصحة اليقين على من يكلمه لما حل له أن يطاء امرأته إذ علمها أجنبية ، ولا يعطى أحداً ديناً عليه إذ لعله غيره ، ولا أن يبيع من أحد ولا أن يشتري ، وأن الله جل شأنه أمر بقبول البينة ولم يشترط أعمى من مبصر وما كان ربك نسيا^(٢) .

٥٣٤ - سارسا - المراءى : ولا خلاف في اشتراط العدالة في سائر الشهادات ، فيجب أن يكون الشاهد عدلاً لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ فأمر جل شأنه بقبول شهادة العدل وبالتوقف في نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع^(٣) لأهل البيت »^(٤)

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠٠

(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٣٣

(٣) القانع : هو التابع الذى ينفق عليه أهل البيت

(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذى

وفي رواية أخرى « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى
غمر ^(١) على أخيه ^(٢) » .

ويفسر بعض الفقهاء الخيانة بحيث تشمل جميع ما افترض الله تعالى على العباد
القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، ولا ينحصرها بأمانات الناس ، ويؤيد
هذا التفسير بقوله تعالى ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ﴾ ^(٣)
والعدالة كما يعرفها المالكيون هي المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر
وتوقى الصغائر ، وأداء الأمانة وحسن المعاملة ، وليست العدالة أن يمحس الإنسان
الطاعة حتى لا تشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصديقون
لكن من كانت الطاعة أكثر حالة وأغلبها عليه ، وهو محتجب للكبائر محافظ
على ترك الصغائر فهو العدل ^(٤) .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام ، واعتدال العقل
ومعارضة الهوى ، وليس لكالها حد يدرك ، فيكتفى لقبولها بأدنى حدودها
وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة ، وعندهم أن العدل هو من لم
يظعن عليه في بطن ولا فرج ، وهو من يكون محتجباً للكبائر غير مصر على
الصغائر ، ومن يكون صلاحه أكثر من فساد ، وصوابه أكثر من خطئه ،
ومن تكون مروءته ظاهرة ^(٥) .

ويعرف الشافعيون العدالة بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر
فمن تجنب الكبائر والصغائر فهو عدل ، ومن تجنب الكبائر وترك الصغائر
وكان ذلك نادراً من أفعاله لم يسق ولم ترد شهادته لأنه لا يوجد من يمحس
الطاعة ولا يخلطها بمعصية ، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق ووردت شهادته

(١) ذى المقد والأحنة (٢) رواه أبو داود

(٣) سورة الأحزاب : ٧٢ (٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠

(٥) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٤ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٥

لأنه من استجاز إلا كثر من الصفات استجاز أن يشهد بالزور ، فالحكم مطلق على الغالب من أفعاله ^(١) .

ويعرف العناية العدالة بأنها استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله ، ويعتبر لها شيان . أولهما : الصلاح في الدين وهو من وجه أداء الفرائض بسننها الراتب ، فلا تقبل الشهادة ممن داوم على تركها لفسقه ، ومن وجه آخر اجتناب الحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يذم على صغيرة . وثانيهما : استعمال المروءة وهو الإتيان بما يحمله ويزينه ، وترك ما يذمسه ويشينه ^(٢) .

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب السابقة يلحقون المروءة بشرط العدالة ، لأن ترك المروءة يدل على عدم المحافظة الدينية وهي لازم العدالة .

والمروءة عند المالكيين هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الدم عرفاً ، كترك الملىء الاتعمال في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً . كالأكل في السوق . وفي حانوت الطباخ لنير الغريب ، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب . وفراة الركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب المجون والسخف . والارتقاء عن كل خلق ردى يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه حمة ^(٣) .

والمروءة عند الحنفيين أن لا يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبغضه عن مرتبته عند أهل الفضل ، وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتقاء عن كل خلق دنى . والمروءة عند محمد هي الدين والصلاح ^(٤) .

والمروءة عند الشافعيين هي الإنسانية . وهي مشتقة من الرء . وعندهم أن من ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد الزور . لأن من لا يستحي من الناس في

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٤٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧ - المفتى ح ١٢ ص ٣٢

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٢ (٤) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٠

ترك المروءة لم يبال بما يصنع^(١) ويستدلون على ذلك بما روى أبو مسعود البدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت».

والمرءة عند الحنابلة هي تمسك الإنسان بما يحمله ويزينه وترك ما يشينه، أو هي اجتناب الأمور الدينية المزرية للإنسان من فعل أو قول أو عمل^(٢).

والعدل في المذهب الزيدى هو من كان منزها عن محظورات دينه. فالعدالة عندهم إذن هي التزه عن المحظورات الدينية^(٣) ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمرءة.

والعدل عند الظاهريين هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة. والكبيرة هي ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة. أو ما جاء فيه الوعيد. وللصغيرة ما لم يأت فيه وعيد. وهم لا يشترطون المروءة لتحقيق العدالة ويرون الاكتفاء بالطاعة واجتناب المعصية، لأنه إذا كانت المروءة من الطاعة فالطاعة تنفي عنها، وإن لم تكن من الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة إذ لم يأت بذلك قرآن ولا سنة^(٤).

واختلف الفقهاء في ثبوت العدالة فرأى أبو حنيفة والظاهريون أن العدالة تفترض في الشاهد حتى يثبت جرحه، بمعنى أنه إذا لم يجرح الشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون أن يكون على القاضي أن يتحرى عن عدالة الشاهد، وحجة أبو حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف» وما جاء في كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنيماً في ولاء أو قرابة» وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عداه عدل لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَحْذَرُوا كِبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرَ عَنْكُمْ

(١) المذهب ج ٢ ص ٤٤٣

(٢) المنق ج ١٢ ص ٣٣ - الأفتاح ج ٤ ص ٤٣٧

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٤ - البحر الزخار ج ٥ ص ٥٠

(٤) المحل ج ٩ ص ٣٩٣، ٣٩٥

سيئاتكم^(١) وما كفره الله وأسقطه لالحل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصفه به^(٢)

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، أن يتحرى القاضى عن عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه لأن القضاء قائم على شهادة العدل فوجب أن يتأكد القاضى من توفر صفة العدالة فى الشاهد ليقبل شهادته^(٣) .

٥٣٥ - سابعاً : الإسلام : ويشترط فى الشاهد أن يكون مسلماً ، فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم . وهذا هو الأصل الذى يسلم به جميع الفقهاء ، وهو مأخوذ من قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم^(٤) ﴾ وقوله ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم^(٥) ﴾ ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات تختلف عليها :

الاستثناء الأول : شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض :

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحربيين على مثلهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم ، فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم^(٦) .

ويرى الزيدون قبول شهادة غير المسلم على ملته دون غيرهم من الملل ، فلا تجوز شهادة اليهود على النصارى ولا شهادة النصارى على اليهود^(٧) .

ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

(١) سورة النساء : ٣٠ (٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ - المحلى ج ٩ ص ٣٩٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣١٢ - الافناع ج ٤

ص ٤٠٠ - البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ - المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٤

(٤) سورة البقرة : ٢٨٢ (٥) سورة الطلاق : ٢

(٦) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٢ ، ١٠٤

(٧) شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٣

تحقيقاً للصحة العامة وتحقيقاً للعدالة، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد يجوز قبول الشهادة^(١).

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة في مذهب أحمد - وهي الرواية المعمول بها - كما يتفق مع المذهب الظاهري^(٢).

الاستثناء الثاني: شهادة غير المسلمين على المسلمين في الوصية حال السفر: يرى الحنابلة أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شهود من غير المسلمين قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهم لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت﴾^(٣). ويتفق رأى الظاهريين مع رأى الحنابلة في قبول شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيرهم.

أما المالكيون والحنفيون والشافعيون والزيديون فلا يقبلون شهادة غير المسلم في هذه الحالة، وحجتهم أن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق، ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلقوا في تأويل الآية: فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء، ومنهم من قال المراد بقوله ﴿من غيركم﴾، أي من غير عشيرتكم، ومنهم من قال معنى الشهادة في الآية هو اليمين^(٤).

الاستثناء الثالث: شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة:

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم في كل

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٧، ١٦٣

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ - المغني ج ١٢

(٣) سورة المائدة ١٠٦

ص ٥٣ - المغني ج ٩ ص ٤٠٦

(٤) المغني ج ١٢ ص ٥١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤

ص ٣٣٩ - المغني ج ٩ ص ٤٠٦ - الطرق الحكمية ص ١٦٣، ١٧١

ضرورة حضراً وسفراً في كل شيء عدم فيه المسلمون قياساً على قبول شهادتهم في الوصية ، لأن شهادتهم قبلت في الوصية للضرورة فتقبل في كل ضرورة .

وفي مذهب أحمد رواية بقبول شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه وهذا للضرورة .

ويجيز مالك شهادة الطيب غير المسلم حتى على المسلم لاجابة استثناء واحداً في مذهبه أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم^(١) .

٥٣٦ - ثانياً : انتفاء موانع الشهادة : ويشترط في الشاهد أن لا يقوم به

مانع يمنع شرعاً من قبول شهادته ، والموانع التي تمنع من قبول الشهادة هي :
أ - القرابة : تمنع القرابة من قبول الشهادة عند مالك : من ذلك أنه لا يقبل شهادة الأبوين لأولادها ، ولا شهادة الأولاد لأبويهما ، ولا يقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر^(٢) .

ويمنع أبو حنيفة من قبول شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين للآخر^(٣) وفي مذهب الشافعي لا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ، على أن بعض فقهاء المذهب يرى قبولها . أما شهادة أحد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعيين^(٤) .

وفي مذهب أحمد لا تقبل شهادة عمودي النسب بعضهم لبعض من والد وإن علا ولو من جهة الأم ، وولد وإن سفل من ولد البنين والبنات . كذلك لا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه^(٥) .

وحجة من يمنع الشهادة للقرابة ما رواه ابن عمر عن رسول الله صلى الله

(١) المراجع السابقة والمغني ج ١٢ ص ٥٤ والطرق الحسكية ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٧ ، ٨٩ (٤) المذهب ج ٢ ص ٣٤٧

(٥) الإقناع ج ٤ ص ٤٢١

عليه وسلم أنه قال « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى حنة » والظنين
أقربهم ، والقريب منهم بمحابة قريبه .

ويرى الظاهريون والزيديون أن القرابة لا تمنع من قبول الشهادة مادام
الشاهد عدلاً ، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه^(١) .

ب - المروءة : وجمهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت
العداوة من الشاهد والمشهود عليه في أمر الدنيا كالأموال والموارث والتجارة
ونحوها . أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراسته على الله لغير ذلك لم تسقط .
ولذلك تجوز شهادة المسلم على غير المسلم لأن عداوة الدين عامة . والمعتبر في
عدم قبول الشهادة العداوة الخاصة ، وعلى هذا مذهب مالك والشافعي وأحمد
والمذهب الزيدي^(٢) .

وفي مذهب أبي حنيفة يرى المتأخرون أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه
إن كانت العداوة دينوية . لأن المعادة لأجل الدنيا حرام فمن عادى لأجل
الدنيا لا يؤمن منه القول على عدوه . أما إذا كانت العداوة لأجل الدين فإنها
لا تمنع من قبول الشهادة ، لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته . وهذا لأن
المعادة قد تكون واجبة كأن رأى فيه منكراً ولم ينته بنهيهِ .

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من
الشهادة ما لم يفسد الشاهد بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة .
ويرى أبو حنيفة نفسه أن شهادة العدو على عدوه تقبل إن كان عدلاً ولكن
المتأخرين خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة
ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » . والغمر هو الحقد^(٣) .

(١) المحل ج ٩ ص ٤١٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٩ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٢٥٢ - المذهب ج ٧

ص ٣٤٨ - المغني ج ١٢ ص ٥٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٧

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٩٣ ، ٩٤

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد فإن كانت عداوته للمشهود له تخرجه إلى مالا يحل فهي جرحه فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء، وإن كانت العداوة لا تخرج الشاهد إلى مالا يحل فهو عدل مقبول الشهادة .

ويرد الظاهريون الحديث السابق من كل طرقة ، لأن في رواته مجهولين أو لأنه مرسل ، ويحتجون بقوله تعالى : ﴿ ولا يجرمكم شتان قوم على أن لا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾^(١) ويرون أن الله أمرنا بالعدل على أعدائنا فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما فشهادته مقبولة وحكمه نافذ^(٢) .

ج — التهمة : وهي أن يكون بين الشاهد والمشهود له ما يمت على الظن بأن الشاهد يحابي المشهود له بشهادته ، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة ، ويدخل تحت التهمة شهادة القريب لقريبه والعدو على عدوه ، ولكننا رأينا أن نخص القرابة والعداوة بالكلام على حدة لما لها من أهمية خاصة . والشهادات التي يتهم فيها الشاهد كثيرة ، من ذلك شهادة الشريك لشريكه وشهادة الأجير لمن يستأجره ، وشهادة الخادم لمخدومه ، وشهادة السائل ، وشهادة الوكيل لموكله ، وشهادة من يدفع بالشهادة عن نفسه ضرراً أو يجر لنفسه نفعاً . والأصل في عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى ﴿ وأدنى ألا ترتابوا ﴾^(٣) وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة ظنين » وأنه قال « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » والظنة التهمة والحنة العداوة .

والفقهاء لم يتفقوا على كل الحالات التي ترد فيها الشهادة للتهمة ، فبعضهم يرد الشهادات في كل الحالات التي سبق ذكرها ، وبعضهم يردّها في حالات دون حالات أو من وجه دون وجه ، ومنشأ ذلك اختلاف وجهات النظر عند التطبيق . ويمكن القول بأن جمهور الفقهاء في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي

(١) سورة المائدة : ٨ (٢) الحلى ج ٩ ص ٤٩٨ ، ٤٢٠

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

وأحد وزيد لا يقبلون الشهادة للتهمة على اختلاف بينهم في التطبيق . أما الظاهريون فلا يرون الشهادة للتهمة ، ويرون قبول الشهادة مادام الشاهد عدلاً^(١) .

٥٣٧ - الشروط الخاصة للشهادة على الزنا : - يشترط أن تتوفر في شاهد الزنا - بعد الشروط العامة التي ذكرناها - شروط خاصة هي : -

أولاً : الذكورة : يشترط جمهور الفقهاء في شهود الزنا أن يكونوا رجالاً كلهم ، ولا يقبلون في الزنا شهادة النساء ، ذلك أن الفصوص قاطعة في أن عدد الشهود لا يقل عن أربعة^(٢) وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين (٣) فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى (٤) وإذا كان لفظ الأربعة اسم لعدد الشهود فإن ذلك يقتضي الاكتفاء بشهادة أربعة ، ولا شك في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم إذ أن أقل ما يجزى في هذه الحالة خمسة على فرض أن فيهم امرأة واحدة ، وهذا مخالف للنص كذلك فإن في شهادة النساء شبهة لتطرق الضلال إليهن والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن الحدود تدرأ بالشبهات .

ومذاهب الفقهاء الأربعة^(٥) تقوم على اشتراط الذكورة في الشاهد وكذلك مذهب الشيعة الزيدية^(٥) على أن اشتراط الذكورة إذا كان له محل في شهادة الإثبات فلا محل لاشتراطه في شهادة النفي ومن ثم يجوز أن يكون شهود النفي من النساء .

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٢ ، ٤٢٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ، ١٧٧ البحر الرائق ج ٧ ص ٨٦ ، ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٤٩ ، ٣٥٤ - النفي ج ١٢ ص ٤٩ ، ٦٠ . شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٥ ، ١٩٩ .

(٢) راجع الفقرة ٥١ (٣) سورة البقرة : ٢٨٢

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ . المذهب ج ٢

ص ٣٥٠ - النفي ج ١٠ ص ١٧٥ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٥ ، ١٨٦

وقد روى عن عطاء وحاد أنهما قبلتا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين في الزنا^(١) ويرى ابن حزم أنه يجوز أن يقبل في الزنا امرأتان مسلمتان عدلتان مكان كل رجل فيكون الشهود ثلاثة رجال وامرأتين أو رجلين وأربع نسوة أو رجلاً واحداً وست نسوة أو ثمان نسوة فقط لارجال معهم^(٢).

هل يصح أنه يكمونه الزوج شاهداً؟ لا يجوز مالك والشافعي وأحمد أن يكون للزوج أحد الشهود على زوجته الزانية ، لأن الزوج يقذف الزوجة بالزنا ، أو لأنه متهم بدعواه أن الزوجة خائنة^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة ، وأنه غير متهم في شهادته لأن التهمة ما توجب جر نفع ، والزوج ملحق على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصاً إذا كان له منها أولاد صفار^(٤) وعلى هذا مذهب الزيديين^(٥).

ويفرق ابن حزم بين ما إذا جاء الزوج قاذفا وبين مجيئه شاهداً ، فإن جاء الزوج قاذفا فلا بد من أربعة شهود سواء وإلا حد أو يلعن ، فإن لم يكن قاذفاً لكان جاء شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى الشهود عليها حد الزنا^(٦).

ثانياً : الأصول : ويشترط أبو حنيفة الأصالة في الشهود ، أى أن يكونوا شهداء الحوادث بأنفسهم ، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد^(٧) أى الشهادة السماعية ، كما أنه لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي ، أى أنه لا يقبل شهادة شهود الإثبات أمام قاض غير القاضي الذى ينظر الدعوى ويفصل فيها إذا شهدوا كلهم

(١) المغني ج ١٠ ص ١٧٥ (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٨٤ الاقناع ج ٤ ص ٤٤٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧

(٦) المحلى ج ١١ ص ٢٦١ ، ٢٦٣

(٧) تسمى شهادة الشاهد السماعية وتسمى أيضاً بالارعاء لأن الأصيل يستوعب السامع ليسمع شهادته .

أو بعضهم أمام الأول فأرسل شهادتهم إلى الأخير ، لأن كتاب القاضى يعتبر بذاته شهادة على شهادة .

والعلة فى منع الشهادة على الشهادة قيام الشبهة فى صحة الشهادة المنقولة ، ذلك أن الاحتياط واجب فى الحدود ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات فلا تقبل الشهادة للشبهة فى صحتها .

ويرتب أبو حنيفة على عدم قبول شهادة الفروع^(١) أنه إذا جاء الأصول بعد رد شهادة الفروع فشهدوا بأنهم عاينوا الحادث وذكروا نفس ما شهد به الفروع من الزنا ، فلا تقبل شهادة الأصول أيضاً لأن شهادتهم قدردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع فى عين الحادثة التى شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة فى درء الحد عن المشهد عليه بالزنا^(٢) .

والأصل عند أبى حنيفة هو قبول الشهادة على الشهادة ، ولكنه لا يقبلها استثناء فى الحدود والقصاص^(٣) .

والأصل عند الشافعى أن الشهادة على الشهادة تجوز فى حقوق الأدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى ، لأن الحاجة تدعو لذلك عند تعذر شهادة الأصل بالوت والمرض والغيبة ، أما الحدود المقررة حقاً خالصاً لله تعالى وهى حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر ففيها قولان : أحدهما أنه يجوز فيها الشهادة على الشهادة لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الأدميين . والثانى : أنه لا يجوز لأن حدود الله تعالى مبنية على الدراء والإسقاط فلا تثبت إلا بما يؤكدها ويوثقها ، والشهادة على الشهادة فيها من الشبهة ما يمنع من التأكيذ والتوثيق ، وهذا هو رأى الراجح فى المذهب^(٤)

(١) تسمى شهادة من عاين الحادث شهادة الأصول ، وتسمى شهادة الناقلين عن الأصول بشهادة الفروع .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧١ (٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

(٤) المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٣٧٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٥١

والقاعدة عند الشافعي أن ما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب
القاضي إلى القاضي ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضي
إلى القاضي ، لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل القاضي الذي كتبه الشهادة فكان
حكمه حكم الشهادة على الشهادة^(١).

ويرى أحد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا في حق يقبل فيه كتاب
القاضي إلى القاضي ، وترد فيما يرد فيه^(٢) ولا يقبل كتاب القاضي عند أحد في حد
لله تعالى كالزنا ، ويقبل في كل حق آدمي من المال وما يقصد به المال كالدية
والقصاص والقذف . ويعملون التسوية بين كتاب القاضي والشهادة على الشهادة
بأن كتاب القاضي ليس إلا شهادة على شهادة^(٣).

ولا يقبل الزيدون الشهادة على الشهادة في الزنا ، لأن القاعدة عندم أن
الشهادة على الشهادة (أو الارعاء) تجوز في جميع الحقوق إلا الحد والقصاص^(٤)
ولا يشترط مالك الأصالة في الشهود ، فتجوز عنده الشهادة على الشهادة في
الحدود وغير الحدود كما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود وغير الحدود .
ويشترط في مذهب مالك أن يتقل عن كل شاهد أصيل شاهدان ، ويجوز
أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أو عن أكثر من شاهد ، ولكن لا يجوز
بحال أن ينقل شاهد واحد عن شاهد أصيل ولو مع يمين المدعى ، ويشترط في
الشاهدين الفاقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلاً ، كأن يشهد شخص على
معاينة الجريمة ، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة^(٥).

وفي الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة ويشهد كل اثنين على شهادة واحد
أو شهادة اثنين ، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ويشهد اثنان على شهادة الرابع .

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ (٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٤٧

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٤٠٦ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٦ ، ٢٠٠

(٥) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٥

أما إذا شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة ، لأنهم وجوبون أن لا يكون عدد الشهود السامعين أقل من عدد الشهود الأصليين^(١) .

وإذا شهد اثنان على شهادة ثلاثة وشهد اثنان على شهادة الرابع لم تصح الشهادة ، لأنه لا يصح أن يكون عدد الشهود السامعين أقل من عدد الأصليين وكذلك الحكم لو أدى الرابع الشهادة بنفسه أو نقل ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن كل الأربعة إذ الرابع لم ينقل عنه اثنان^(٢) .

ويموز عند مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق منهما شهادة واحدة في الزنا وغيره كأن يشهد اثنان على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن الرابع ، فتم الشهادة في هاتين الصورتين وتعتبر شهادة مقبولة ، لكن إذا نقل اثنان عن ثلاثة وشهد الرابع بنفسه فلا تقبل الشهادة لأن النقل غير صحيح إذ الاثنان لا ينقلان عن ثلاثة^(٣) .

وعند الظاهريين تقبل الشهادة على الشهادة في كل شيء ويقبل في ذلك واحد على واحد ، لأن الله تعالى أمرنا بقبول شهادة العدول ، والشهادة على الشهادة شهادة عدول فقبولها واجب ، ولا فرق بين واحد وبين اثنين في تبين الحق خصوصاً وأن ما ينقله شاهد السماع خبر والخبر يؤخذ من الواحد الثقة^(٤) .

والقاعدة عند جمهور الفقهاء^(٥) أن الشهادة على الشهادة لا يجوز الحكم بها إلا عند تعذر حضور الشهود الأصلاء كأن يموت الشاهد الأصل ، أو يمرض

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٥ ، ١٩٦

(٣) شرح الزرقاني ص ١٩٦ (٤) المحلى ج ٩ ص ٤٣٨ وما بعدها

(٥) يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن قبول الشهادة على شهادة الحاضر في المصر وإن كان صحيحاً ويرى مثل ذلك ابن حزم وحجته أنه لم يجد لمن منعه من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلاً من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد سلف ولا قياس ولا استقول
المحل ج ٩ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩

مرضاً يتمتع من الانتقال ، أو أن يكون غائباً . أو مجهول المكان فإذا كان حضور الأصل ممكناً لم تقبل الشهادة على الشهادة ، لأن شهادة الأصل أقوى لكونها مثبتة لنفس الحق أما الشهادة على الشهادة فتثبت شهادة الشاهد الأصل^(١) ورأى أبو حنيفة والشافعي وأحمد في كتاب القاضي إلى القاضي يتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل الجنائية ، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضي الذي يحكم في القضية . أما رأى مالك والظاهرين فيتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل المدنية ، إذ يحيز في المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذي يحكم في القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذي ينظر موضوع القضية .

ثالثاً : أنه لا يتقدم المرد : - يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقدم ، والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الشهود بحادث متقدم لا تقبل إلا في حد القذف خاصة ، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته في القذف إلا بعد رفع الدعوى ، ولا يحرك الدعوى إلا المقذوف فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة ، أما بقية الحدود فيجوز للشاهد فيها أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجنى عليه .

ويحتج الحنفيون لفكرة التقدم بأن الشاهد طبقاً لقواعد الشريعة مخير إذا شهد الحادث بين أداء الشهادة حسبة الله تعالى لقوله جل شأنه ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾^(٢) وبين أن يتستر على الحادث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل بذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ - الافتتاح ج ٤ ص ٤٤٧

(٢) سورة الطلاق : ٢

حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

والضئينة ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضعف ولا شهادة لهم ، ولم ينقل أن أحدا أنكر عليه هذا القول فيكون إجماعاً ، وللمستفاد من قول عمر إن الشهادة المتأخرة تورث التهمة ولا شهادة لتهم طبقاً لقواعد الشريعة العامة ^(١) .

ومع أن أبا حنيفة يقول بالتقادم على الوجه السابق ، فإنه يرد الشهادة المتقدمة ، ويقبل الإقرار بما سوى الشرب ويؤيده في هذا أبو يوسف ولكن محمداً بن الحسن يرى رد الشهادة المتقدمة ويقبل الإقرار مطلقاً حتى بالشرب القديم ^(٢) .

ويستخلص مما سبق أن الحنفيين لا يجعلون للتقادم أثراً على الجريمة ، فالجريمة قائمة مهما تقدم عليها العهد ومن الواجب أن يعاقب مرتكبها ، ولكنهم يجعلون للتقادم أثراً على الشهادة بحيث إذا تأخرت الشهادة عن الوقت المناسب ردت للتهمة ، ورد الشهادة يؤثر من طريق غير مباشر على الجريمة إذ لا يعاقب الجاني عليها لانعدام الأدلة .

وهناك رأى آخر نقل عن ابن أبي ليلى وخلاصته أن لا تقبل الشهادة ولا الإقرار أيضاً إذا تقدمتا ^(٣) .

ولا يمنع التقادم عند أبي حنيفة من قول الشهادة إلا إذا كان تأخر الشاهد في التقدم بشهادته لغير عذر ظاهر ، فإن كان التأخر في الشهادة لعذر ظاهر قبلت الشهادة ، كبعد المسافة عن محل القاضى أو كمرض الشاهد أو غير ذلك من الموانع الحسية ^(٤) .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً ، وفوض الأمر للقاضى يقدره طبقاً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

لظروف كل حالة لان اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متمذراً، ولكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقدم بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر^(١).

أما مالك والشافعي وأصحابهما ومعه الزيدون والظاهريةون فلا يعترفون بالتقدم ويقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجريمة قديمة ولا يردونها لقدمها^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى أبي حنيفة والثاني يتفق مع رأى مالك والشافعي وهو الرأى المعمول به في المذهب^(٣).

رابعاً - أنه تذكره الشهادة في مجلس واحد : ويشترط عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم في مجلس قضائي واحد ، وليس من الضروري عند أحد أن يأتي الشهود مجتمعين ، فيصح أن يأتوا متفرقين مادام مجلس القضاء منعقد ، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، واعتبر من أدى الشهادة فإذا ما دام أن عددهم أقل من أربعة ، أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان تجمع الشهود عند بدء الشهادة ، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ، فالشرط إذن اجتماعهم في مجلس واحد وقت أداء الشهادة ، أما إذا جاء بعضهم مجلس في أما كن الشهود فلما بدأت المحكمة سماع الشهود لم يكن عددهم متكافئاً فلما سئل أحدهم جاء الثاني ولما سئل الثاني حضر الثالث وهكذا فإن شهادتهم لا تقبل ويعتبرون قذفة^(٤).

ولا يشترط الشافعية والزيدون والظاهريةون هذا الشرط ويستوى عندهم أن يأتي الشهود متفرقين أو مجتمعين وأن تؤدي الشهادة في مجلس واحد أو أكثر

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

(٢) المغني ج ١٠ ص ١٨٧ - المحلى ج ١١ ص ١٤٤ - شرح الأزمهر ج ٤ ص ٣٣٩

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٨٧

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٦ وج ٨ ص ٨١

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨ - المغني ج ١٠ ص

١٧٩، ١٧٨

من مجلس ، وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ فذكر الشهود ولم يذكر المجلس ، وقال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت ﴾ ولأن كل شهادة مقبولة ، تقبل إن اتفقت ولو تفرقت في مجلس كسائر الشهادات^(١) .

ويحتاج أصحاب الرأي المضاد بعمل عمر رضى الله عنه فقد شهد على المغيرة ابن شعبة ثلاثة وهم أبو بكره ونافع وشبل بن مبيد ولم يشهد زياد فحد عمر الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يحز أن يحدم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر ، ولأنه لو شهد ثلاثة فحد ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم . وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا مثلاً ، ولأن قوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ لا يخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً ، ولا يصح أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم ، لأنه ما من زمن ألا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو يكملهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم للأمور به ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة^(٢) .

فهامسا : أنه يكون عدد الشهود أربعة : - إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحدوا حد القذف عند مالك وأبي حنيفة والزيديين^(٣) لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾^(٤)

والرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد يتفق مع رأي مالك وأبي حنيفة ، أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه أن لا يحد الشهود إذا نقص عددهم

(١) الفتن ج ١٠ ص ١٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٩

(٢) الفتن ج ١٠ ص ١٧٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٠ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - الفتن ج ١٠

ص ١٧٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ هامش (٤) سورة النور : ٤

عن أربعة ما دام أنهم قد جاءوا بحجىء الشهود أى تقدموا لأداء الشهادة حسبة لله تعالى ، ولم يكن ثمة ما يدفعهم للشهادة غير ذلك ، ولأن الشهادة على الزنا أمر جائز والجائز لا عقاب عليه ، ولأن إيجاب العقاب يؤدي إلى الامتناع عن الشهادة خشية أن يتوقف أحد الشهود عن الشهادة^(١).

ويرى الظاهريون أن الشاهد بالزنا لا يحد أصلاً سواء كان معه غيره أم لم يكن إذ الحد شرع للقاذف الزامى ولم يشرع للشهداء أو البينة ، وقد فرق القرآن ● والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الزامى فلا يحل البتة أن يكون لأحدهما حكم الآخر^(٢).

ويرد أصحاب الرأى المخالف بأن الثابت من قضاء عمر أنه حد الشهود الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة حينما لم يكمل الرابع الشهادة وكان ذلك بمحض من الصحابة فلم ينكره أحد .

وإذا تبين أن الشهود الأربعة ليس لكلهم أولبعضهم أهلية الشهادة كأن كان أحدهم فاسقاً أو محدوداً في قذف ، فيرى مالك سقوط الشهادة وأن على الشهود جميعاً الحد ، لأنها شهادة لم تكمل ، هذا إذا تبين انعدام الأهلية قبل الحكم ، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فلا حد على واحد منهم ، لأن الشهادة تمت باجتهاد القاضى^(٣).

ويرى أبو حنيفة^(٤) حد الشهود سواء تبين انعدام الأهلية قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل التنفيذ ، أما إذا كان العلم بانعدام الأهلية بعد التنفيذ فإن كان الحد جلداً فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبى حنيفة ، وعند محمد وأبى يوسف يجب الأرض في بيت المال . وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ، ومن قذف حيا ثم مات

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ — المغنى ج ١٠ ص ١٧٩

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٦٠ (٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال إذ يعتبر الخطأ حاصلًا من القاضي ، وخطأ القاضي في بيت المال ، لأنه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مالهم .
 ويفرقون في مذهب أبي حنيفة بين الشهود باعتبار أهليتهم للتحمل والأداء فمنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل ومنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومنهم من ليس أهلاً للتحمل ولا للأداء كالصبيان والمجانين والكفار ، ومنهم من هو أهل للتحمل دون الأداء كالمحدودين في قذف العميان ، والنوع الأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها ، والثاني يجب التوقف في شهادته حتى يظهر صدقه ، والثالث لا شهادة له أصلاً ، والرابع نصح شهادته متحماً ولا تقبل منه مؤدياً .

ويرتبون على هذه التفرقة أن من فقد أهلية التحمل أو الأداء أوهما معا يعتبر قاذفاً بشهادته فإذا شهد أربعة عميان أو كفار أو محدودون في قذف ، حدوا حد القذف ، وإذا شهد أربعة بالزنا أحدهم أعمى أو كافر أو محدود في قذف وجب على الأربعة حد القذف الأول لانعدام أهليته والثلاثة لأن الشهادة لم تكمل أما إذا شهد بالزنا أربعة فساق فإن الحد يسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت إذ أنهم أهل للشهادة على وجه القصور وكذلك الحال إذا شهد أربعة أحدهم فاسق^(١) .

وعند الشافعي أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فإن كان الرد بسبب ظاهر بأن كان أحدهم عبداً أو كافراً أو متظاهراً بالفسق كان الأمر كما لو لم يتم العدد ، لأن وجود هذا الشاهد كعدمه فلا يكمل العدد ، وإن كان الرد بسبب خفي كالفسق الباطن ففيه وجهان : أن حكمه حكم ما لو نقص العدد لأن عدم العدالة كعدم الوجود ، والوجه الثاني : أنهم لا يحدون قولاً واحداً لأنه إذا كان الرد بسبب باطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة فهم معذورون

فلا حد عليهم ، وإن كان الرد بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب الحد عليهم^(١) وفي مذهب أحمد ثلاث روايات إن كان الشهود غير مرضيين كلهم أو أحدهم الأولى : عليهم الحد لأنها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة ، والثانية لاحد عليهم لأنهم جاءوا أربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية لأن عدم كمن ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم ، فأشبه ما نؤشهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم أو فسقهم ، الثالثة : إذا كانوا فساقاً فلا حد عليهم وإن لم يكونوا كذلك وكانوا غير مرضي الشهادة كالكفار والعميان فعليهم الحد^(٢) . ويلاحظ بهذه المناسبة ما سبق أن قلناه من أن في مذهب الشافعي وأحمد رأى يرى أصحابه أن لا يحد الشهود إذا نقص عددهم مادام أنهم قد جاءوا بحجىء الشهود .

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو لم تكمل عدالتهم لكن إذا لم يكونوا عدولا لم يحد المقذوف ، وكذلك لو كان أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون فإن الحد يسقط عن الشهود وعن المقذوف^(٣) ومعنى ما سبق أن الشهود لا يحدون إلا في حالة واحدة هي أن لا يكمل عددهم أربعة .

أما الظاهريون فقد رأينا من قبل أنهم لا يرون حد الشاهد سواء كان وحده أو كان معه غيره ، ذلك أن الحد جعل للقاذف لا للشاهد .

ومن المتفق عليه أن شاهد السماع لاحد عليه إذا لم تقبل شهادته أو لم يكمل عدد الشهود ، لأن شهادته لا تعتبر قذفاً إذا أنه ينقل عن غيره والمفروض أنه حسن النية^(٤) فإذا شهد ثلاثة بأنهم رأوا الزنا وشهد الرابع بأنه سمع من آخر بأنه رأى الزنا لم تكمل الشهادة وحد شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم

(٢) المتن ج ١٠ ص ١٨١

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

تكمل الشهادة^(١) ولم يحّد شاهد السماع . أما إذا شهد اثنان بالسماع وشهد ثلاثة بالرؤية فتقبل الشهادة وتعتبر كاملة عند مالك والظاهرين ولا تقبل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والزيديين ويحدّ الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين وعلى الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد .

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تمددوا النظر إلى فرج المرأة ولا تبطل شهادتهم بذلك لأن أداء الشهادة في الزنا يقتضي النظر إلى عين الفرج فيكون النظر مباحاً للشهود بقصد إقامة الشهادة ، كما يباح للطبيب بقصد علاج المريض^(٢) .

وإذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم ، فبرى مالك أن يحّد الشهود الراجعون عن شهادتهم حد القذف إذا كان الرجوع بعد الحكم سواء كان قبل الاستيفاء أو بعده ، أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فيحد جميع الشهود ولو كان الرجوع من أحدهم فقط لأن الشهادة لم تكمل^(٣) .

والأصل عند مالك أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة لا اعتراف الشهود بأنهم كانوا على وهم أو شك أو كانوا غير عادلين . أما إذا كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فالشهادة لا تسقط ولكن ينقض الحكم إذا تبين كذب الشهادة ، كأن يتبين أن المتهم بالزنا مجبوب أو يظهر الشخص المدعى بقتله ، وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود^(٤) .

(١) يحّد الشهود في هذه الحالة طبقاً لمذهب مالك وأبي حنيفة وزيد وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم لا يعدون طبقاً لمذهب الظاهريين لأنهم يميزون شهادة السماع ويميزون أن يتقبل الواحد عن واحد .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٢ - المنقح ج ١٠ ص ١٧٧
شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٨٨ (٣) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ (٤) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٦

ويرى أبو حنيفة أنه إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ، فإذا رجع أحدهم بعد الإمضاء فعليه ربع الدية وعليه حد القذف ، ويرى زفر أن لا يحد ، فإذا لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى يرجع أحدهم أى أن الرجوع يكون بعد القضاء وقبل الإمضاء فإن الشهود يحدون جميعاً ، وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، وإذا رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً ، وقال زفر يحد الراجع وحده^(١) .

والقاعدة عند الشافعى أنه إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء ، فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ، ويحتمل أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ، ولا حكم مع الشك ، فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ظاهرة ، وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم .

ويترتب على هذه القواعد أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف وفي فقهاء المذهب من لا يرى حده لأنه أضاف الزنا للمشهود عليه بلفظ الشهادة دون قصد القذف وهو رأى مرجوح وأما الثلاثة فلا حد عليهم قولاً واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمتكنهم الاحتراز منه ، فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد .

أما إذا رجعوا كلهم أو بعضهم بعد الحكم وقبل التنفيذ حد الراجع دون من لم يرجع . وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد التنفيذ فكذلك الحكم إلا إذا كانت العقوبة الرجم فعلى الشهود القود إذا تعمدوا في شهادتهم ما يوجب القتل ، وعليهم الضمان في حالة الخطأ^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٢

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ ، ٣٥٨ - المغني ج ١٠ ص ١٨٢

وعند أحمد إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحلف
أصح الروايتين ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والثانية يحد الثلاثة دون الراجع
لأنه إذا رجع قبل الحلف فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحلف ولأن
في درء الحلف عنه تمكيناً له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة الشهود عليه
وفي إيجاب الحلف عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحلف^(١) .

والمذهب الزيدي على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة وكذلك
الحال في الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ^(٢) ، ولذلك يحد الشهود حد القذف
إذا رجعوا قبل تنفيذ الحكم ويجب عليهم الأرش أو القصاص إذا كان الرجوع
بعد تنفيذ الحكم^(٣)

والقاعدة عند الظاهريين أن رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم يبطل
للشهادة وأن رجوعه عنها بعد الحكم مؤد لفسخ الحكم^(٤) وقد رأينا فيما سبق
أنهم لا يرون حد الشاهد بالزنا أصلاً كان معه غيره أو لم يكن^(٥) ويترتب على
ذلك أنه إذا رجع أحد الشهود أو كلهم فلا حد على أحد منهم لأن الحد على
القاذف لأعلى الشاهد

وتقبل الشهادة على الخصى والعنين لتصور حصول الزنا منهما وإمكان انتشار
الآلة بخلاف المحبوب فلا تقبل الشهادة عليه إذ لا يتصور منه الوطء .

وإذا شهد الشهود بحصول الزنا فدفعت المرأة الشهادة بأنها عذراء عرضت
على امرأة أو أكثر فإذا شهدن بأنها كذلك درىء الحلف عنها وتسكنى شهادة
امرأة واحدة إذا لم يوجد غيرها وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد ، لأن شهادة
المرأة الواحدة مقبولة عندهما فيما لا يطلع عليه الرجال ، وعلى هذا المذهب الزيدي

(١) المفتى ج ١٠ ص ١٨٢ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢١٥

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٤٨

(٥) الحل ج ١١ ص ٢٦٠

(٤) الحل ج ٩ ص ٤٢٩

أيضاً^(١) وأساس درء الحد احتمال كذب شهود الإثبات أو وهمهم واعتبار ذلك شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ويشترط الشافعي شهادة أربع نسوة ، فإذا شهدن بأنها بكر لم يجب عليها الحد ، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ، ويحتمل أن تكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع ، فلا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يجب الحد أيضاً على الشهود لأنه إذا درى الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية (٢) والشهود كاذبون ، وجب أن يدرأ الحد عن الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون^(٣)

ويشترط ابن حزم شهادة أربع نسوة لدراء الحد^(٤) ولكنه لا يكتفى بأن يقرر النساء أنها عذراء ويوجب أن يصفن عذرتها فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولا بد ، وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها حينئذ لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(٥) ولا يدرأ ابن حزم الحد بالشبهة لأن المذهب الظاهري لا يعترف بالشبهة كما قدمنا .

ورأى ابن حزم في قبول شهادة النساء في حالة ادعاء البكارة مخالف لفقهاء المذهب الظاهري الذين يرون إهمال شهادة النفي والأخذ بشهادة الإثبات^(٦) أما مالك فلا يدرأ الحد ولو شهد أربع نسوة بأن المتهم بالزنا عذراء ، وحجته أن شهود الإثبات عاينوا الزنا ، وأن الإيلاج ممكن مع بقاء البكارة ، كما أن المثبت مقدم على النافي^(٧) .


(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - المفتي ج ١٠ ص ١٨٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٥١ (٣) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ ، ٤٠٠

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤


(٥) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ (٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١

شهود الإحصان : ويرى مالك والشافعي وأحمد أنه يكفي في إثبات الإحصان شهادة رجلين ، لأنه حالة في الشخص لا علاقة لها بواقعة الزنا ، فلا يشترط أن يشهد بالإحصان أربعة رجال كما هو الحال في الزنا ^(١)

وفي مذهب أبي حنيفة يكفي أيضاً رجلان لإثبات الإحصان ، ولكن فقهاء المذهب يرون أن الإحصان يثبت برجلين أو برجل وامرأتين ، عدا زفر  فيشترط أن يثبت برجلين ^(٢) .

والمذهب الزيدي على أنه يكفي في إثبات الإحصان عدلين ولو رجل وامرأتين ^(٣) .

أما المذهب الظاهري فلا يفرق فيه الفقهاء بين إثبات الزنا وإثبات الإحصان وعدم التفرقة معناه أن الزنا والإحصان معاً يثبتان بأربعة شهود ^(٤) .

وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه أقل من أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له  والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ^(٥) ويدخل في ذلك اللواط ووطء المرأة في دبرها ووطء البهائم عند من يعطى هذه الأفعال حكم الزنا ، أما من يعتبرها جرائم تعزيرية فيسكن في إثباتها بما يثبت به التعزير وهو يثبت بشاهدين كما يرى البعض ^(٦) ويثبت برجل وامرأتين وأربع نسوة وبرجل واحد أو امرأتان مع يمين الطالب ، كما يثبت النكول والإقرار ^(٧) .

ويرى بعض الفقهاء من مذهب الشافعي ومذهب أحمد أن كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير لا يثبت إلا بأربعة شهود لأنه فاحشة ولأنه إيلاج في فرج

(١) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٩ - الاقناع ج ٤ ص ٤٥١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٢٤٣

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ (٥) سورة النور : ٤

(٦) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - المفتي ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٧) المحلى ج ٩ ص ٣٩٦ - مدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - حاشية ابن عابدين ج :

٥١٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ وما بعدها

محرم ، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالإبشارة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين^(١)
سادساً : أنه يقتنع القاضي بشهادة الشهود : ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة
أن يحذرتهم بالزنا ما لم يقتنع القاضي بصحة الشهادة فإذا اختلف الشهود في وصف
الفعل أو في زمانه أو مكانه اختلافاً يبنىء بكذبهم أو كذب بعضهم رفضت
شهادتهم ، وهناك خلاف على حد الشهود في هذه الحالة بين من يرون حد الشهود
إذا لم تكمل الشهادة أو لم تقبل ، فيرى البعض حدم لأنهم شهدوا على وقائع
مختلفة ليس على واقعة منها أربعة شهود فهم قذفة ، ويرى البعض أن لا يحذروا وقد
أدوا الشهادة ، ويرى البعض أن يترك الأمر للقاضي ليقدر كل حالة بظروفها
ولا احتمال أن تكون شبهة تدراً الحد عن الشهود .

ويحاول الفقهاء في كتبهم أن يأتوا على أهم وجوه الاختلاف بين الشهود :
من ذلك أن يشهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت ، ويشهد اثنان أنه زنى بها في
بيت آخر ، أو أن يشهد اثنان بأنه زنى بها في بلد غير البلد الذي شهد صاحباهما
أو أن يختلفوا على اليوم أو الشهر أو السنة التي وقع فيها الزنا ، فإن كان هذا
الاختلاف فالجميع قذفة عند مالك وعند بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد وعند زفر
من فقهاء المذهب الحنفي ، بينما يرى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد
أن لا حد على الشهود لأنهم كملوا أربعة^(٢) .

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا
إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكره تمت شهادتهم ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه^(٣)
وإذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية
أخرى منه وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين ،
وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهما وحد المشهود عليه في رأى أبو حنيفة وأحمد

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغني ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المذهب ج ٢

ص ٣٥٧ - المغني ج ١٠ ص ١٨٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩

وعند الشافعي ومالك وزفر لاحد على المشهود عليه لأن الشهادة لم تكمل ^(١) وإن شهد اثنان بأنه زنى بها مكرهه ، وشهد اثنان بأنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب لحد المرأة ، أما الرجل فقد اختلفوا فيه ، قرأى البعض أن لاحد عليه لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهه ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين ، وذلك يمنع من قبول الشهادة أو يكون شبهة في دزم الحد ، ولا يخرج الأمر عن أن يكون قول واحد منهما مكذباً للآخر ، ولا يصح هذا إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما ومكرهه في الآخر ، وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ، ولأن شاهدي المطاوعة قاذقان لها ولم تكمل البينة فلا تقبل شهادتهما على غيرها وهذا هو رأى مالك وأبي حنيفة وأحد الوجهين في مذهبي الشافعي وأحمد .

ورأى البعض أن الحد واجب على الرجل لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه بعد أن أجمع الشهود على أنه أتى الفعل ، واختلاف الشهود إنما هو في فعل المرأة لا في فعل الرجل ، فلا يمنع هذا الاختلاف من كمال الشهادة عليه وهذا هو رأى أبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية ووجه في مذهبي الشافعي وأحمد .

أما الشهود فقيهم ثلاثة أوجه : أحدها : لاحد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم . وثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم . والثالث : يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها أما شاهدا الإكراه فلا يجب الحد عليهما لأنهما لم يقذفا للمرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما اتفقت عنه الحد لاشبهة ^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المذهب ج ٢

ص ٣٥٧ - المفتي ج ١٠ ص ١٨٣

(٢) يراجع في كل ماسبق مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤

ص ١٦٦ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٧ - المفتي ج ١٠ ص ١٨٥

ويرى الزيدون أن الاختلاف لا أهمية له إلا إذا كان على حقيقة الفعل وهو الإيلاج أو مكان الفعل أو وقته أو كيفيته من اضطجاع أو قيام أو غير ذلك ، فإن اتفقت شهادة الشهود على ذلك لزم الحد ، وإن اختلفت في شيء منه أو أجلوا ولم يفصلوا لم تصح شهادتهم ولا حد عليهم لـ كمال البينة ^(١) .

والقاعدة عند الظاهريين أن مالاتم الشهادة إلا به فإن الاختلاف فيه مفسد للشهادة ، وعندهم أن الشهادة تتم في الزنا إذا كانت على حصول الزنا من رجل بامرأة أجنبية عنه ، وكان الشهود على يقين من ذلك فإذا اختلف الشهود بعدها في المكان أو في الزمان أو في وصف الزنى بها فلا عبرة باختلافهم ، لأن ذكر ذلك والسكوت عنه سواء ومن ثم تكون الشهادة تامة والحد واجب مع الاختلاف في هذه المسائل ^(٢) .

ومن المتفق عليه أن الشهادة على الزنا لا تستلزم قيام دعوى سابقة على الشهادة فيجوز أن يتقدم الشهود بالشهادة دون قيام دعوى الزنا ويترتب على تقدمهم بالشهادة قيام الدعوى ، ويحتج الفقهاء في هذا الوجه بقضية أبي بكر حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى ، وبقضية الجارود حيث شهد هو وآخر على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى .

والعلة في عدم اشتراط قيام الدعوى في الزنا أن الحد في الزنا حق لله تعالى فلا نفتقر الشهادة به إلى قيام الدعوى ، لأن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحق ، وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه ، ولو توقفت الشهادة على قيام الدعوى لما أقيمت الشهادة ولا الدعوى ^(٣) .

ويشترط لصحة الشهادة ولتكون مقنعة للقاضي أن تكون مبنية لماهية الزنا وكيفيته ومتى كان وأين وقع وعين زنا وعلى القاضي أن يستفصل الشهود في هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر .

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٤٧

(٣) المنهج ج ١٠ ص ١٨٨

فأما عن ماهية الزنا فلا أن الزنا اسم يقع على أنواع لا توجب الحد ، فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه» ولا شك أن الحد لا يجب إلا بوطء الفرج بحيث يكون الذكر في الفرج كالليل في المسحلة .

وأما عن الكيفية فلاحتمال أن يريد الشهود بالزنا الجماع فيما دون الفرج ، لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً ولكنه لا يوجب الحد .

وأما عن الزمان فلاحتمال أن يشهد بعض الشهود على واقعة غير التي يشهد عليها البعض الآخر ، ولاحتمال أن يشهد الشهود بزنا متقدم ، والتقدم على رأى أبى حنيفة يمنع من قبول الشهادة كما قدمنا ، ولاحتمال أن يشهدوا على زنا وقع منه وهو صغير .

وأما عن المكان فلاحتمال أن يكون الزنا الذي يشهد به البعض وقع في بلد غير البلد الذي يشهد البعض الآخر بحصول الزنا فيه ، أو لاحتمال أن يكون الزنا وقع في دار الحرب أو البغى ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه في رأى أبى حنيفة . وأما عن اللزنى بها فلاحتمال أن تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها ، وإذا كان أبو حنيفة يشترط لقبول الشهادة أن يعرف الشهود الرجل والمرأة ، فإن غيره لا يشترط ذلك ويترك لمن ادعى حل الوطء أن يقيم البينة عليه .

وإذا أنكر المتهم الإحصان وشهد به الشهود فعليهم أن يبينوا شروطه وعلى القاضى أن يستفصل منهم ذلك لاحتمال أنهم يحلون ماهية الإحصان .

وعلى القاضى أن يستفصل كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل كل ما يثبت به وأن يتحرى عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم وانتفاء العداوة بينهم وبين المشهود عليه وغير ذلك مما ترد به الشهادة حتى يأتى حكمه صحيحاً غير مشوب بعيب (١)

(١) يراجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، ١٦٥ - المهذب ج ٢ ص ٣٥٤ - الافناع ج ٤ ص ٤٣٣ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٥١

علم القاضى : وإذا شهد القاضى حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضى بعله على ما يراه جمهور الفقهاء وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وهو أحد قولى الشافعى وعليه أكثر الشافعيين وحجتهم قوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ^(١) وقوله ﴿ فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ ^(٢) ولأن القاضى كثيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة ، ولو رعى القاضى زانياً بما شهده منه وهو لا يملك على ما يقول البينة الكاملة لكان فاذقاً يلزمه حد القذف ، وإذا كان قد حرم على القاضى النطق بما يعلم فأولى أن يحرم عليه العمل به .

ويستدلون أيضاً بما روى عن أبى بكر رضى الله عنه من قوله « لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندى » .

وعندهم أن القاضى إذا كان قد شهد الحادث ومعه ثلاثة غيره فله أن يتنحى عن القضاء ويشهد ، فإذا لم يتنح عن القضاء فليس له أن يعتبر علمه متصفاً لشهادة الثلاثة ^(٣) .

أما رأى الثانى فى مذهب الشافعى فيقوم على جواز أن يحكم القاضى بعله وسند هذا رأى مارواه أبو سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمنع أحدكم هيئته الناس أن يقول فى حق إذا رآه أو علمه أو سمعه » ويقول أصحاب هذا رأى إنه إذا جاز للقاضى أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن ، فلا يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى ^(٤) .

والمذهب الذى يردى لا يجوز للقاضى أن يحكم بعله فى الحدود إلا فى حد القذف ويجوز له أن يحكم بعله فيما عدا ذلك فيحكم بعله فى القذف والقصاص والأموال سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده ، ويحتجون لذلك بقوله تعالى ﴿ لتحكم بين

(١) النساء : ١٤ (٢) النور : ١٤ (٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٥٠

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ - المغنى ج ١٠ ص ١٩١ - المهذب ج ٢ ص ٣٢٠

(٤) المهذب ج ٢ ص ٣٢٠

الناس بما أراك الله ^(١) ويرون أن علم القاضى أبلغ من الشهادة وأن من حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله ^(٢) .

أما الظاهريون فيرون أنه فرض على القاضى أن يقضى بعلمه فى الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة وحجتهم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ﴾ ^(٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه » فصح أن القاضى عليه أن يقوم بالقسط ، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وصح أن فرضنا على القاضى أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطى كل ذى حق حقه وإلا فهو ظالم ^(٤) .

المبحث الثانى

الإقرار

٣٥٨ - ثبت الزنا أيضاً بإقرار الزانى ويشترط أبوحنيفة وأحمد أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة ولما رواه أبو هريرة فقال: أتى رجل من المسلمين (وهو معاذ) رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ثنا ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أبك جنون » قال لا قال « أحرصنت » قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم « ارجوه » . ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله . وروى نعيم بن هزال هذا الحديث وفيه حتى قالها أربع مرات فقال له رسول الله « إنك قلتها أربع مرات فبمن » قال بفلاتة رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هى الموجبة . وروى أبو برزة الأسلمى أن أبا بكر الصديق قال لهذا المقر عند النبي صلى الله

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٢٠

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٧

(١) النساء : ١٠٤

(٣) النساء : ١٣٤

عليه وسلم إن أقرت أربعاً رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل من وجهين ، أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم يسكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ . والثاني : أن أبا بكر قد علم أن هذا من حكم النبي صلى الله عليه وسلم ولولا ذلك لما تجاسر على قوله بين يديه وعلى هذا يجب أن يتعدد الإقرار وأن يكون أربع مرات فإن قل عنها فلا يعتبر ^(١) .

أما مالك والشافعي فمن رأيهما الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد بالنسكار ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « وعديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فعلق الرجم على مجرد الاعتراف والظاهر الاكتفاء بأقل ما يصدق عليه اللفظ وهو المرة الواحدة أما إعراض الرسول صلى الله عليه وسلم عن ماعز حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله ولذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر بجمه ^(٢) ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقاير الأربعة في مجالس متعقلة للمقر نفسه ولو حدثت في مجلس واحد للقاضي ^(٣) .

ويستوى عند أحمد أن تكون الأقاير الأربعة في مجلس واحد أو مجالس متفرقة فإذا أقر أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس متفرقة فالإقرار صحيح ^(٤) . ويشترط لقبول الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل بحيث تزول كل شبهة في الإقرار خصوصاً وأن الزنا يعبر به عما لا يوجب الحد كالوطء خارج الفرج والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - المغني ج ١٠ ص ١٦٥

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٨

(٤) المغني ج ١٠ ص ١٦٧

أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غمرت ؟ » وفي رواية أخرى « هل ضايعتها ؟ » قال نعم قال « فهل باشرت ؟ » قال نعم قال « هل جامعتها ؟ » قال نعم ، وفي حديث ابن عباس « أنكثها » لا يكن قال نعم ، قال دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المروء في المسكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال تدري ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً . قال فما تريد بهذا القول ؟ قال تعلمني فأمر به فرجم ، فدل ذلك كله على أنه يجب في الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل المقر به ^(١) .

ويترتب على هذا أن الزاني إذا أقر فلا يؤخذ بإقراره قضية مسئلة وعلى القاضي أن يتحقق من صحة إقراره ليتحقق أولاً من صحة عقله كما فعل الرسول مع ماعز ، قال أبك خبل أم بك جنون ؟ وبعث لقومه يسألهم عن حاله ، فإذا عرف القاضي أن الزاني صحيح العقل سأل عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن الزنى بها وعن زمان الزنا فإذا بين ذلك كله على وجه يجعله مسئولاً جنائياً سأله أمحصن هو أم لا ؟ فإن اعترف بالإحصان سأل عن ماهيته . وسؤال المقر عن زمان الزنا ليس المقصود منه النظر إلى القادم وإنما احتمال أن يكون الزنا وقع قبل البلوغ والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتمدها إلى غيره ، فمن أقر بأنه زنا بامرأة أخذ باعترافه أما المرأة فإن أنكرت فلا مسؤولية عليها وإن اعترفت أيضاً أخذت باعترافها لا باعتراف الرجل وعلى هذا جرت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلاً جاء الرسول فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلبده الحد وتركها ^(٢) .

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ - المفتى ج ١٠ ص ١٦٧ - أسنى المطالب ج ٤

ص ١٣١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ - المفتى ج ١٠ ص ١٦٨ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٣٢ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٥

ولا يشترط حضور شريك المقر في الزنا في مجلس الإقرار كما لا يشترط ذلك في الشهادة ، فلو أقر شخص بأنه زنا بامرأة غائبة أقيم عليه الحد . ويصح الإقرار بالزنا ولو جهل المقر شخصية شريكه في الزنا لأنه بني إقراره على حقيقة الحال وإذا أقر الرجل أنه زنا بامرأة فكذبه فهو مأخوذ بإقراره وعليه الحد دونها كما يرى مالك والشافعي وأحمد^(١).

لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة ما في حق المقر ولكن أبا حنيفة يرى أن لا يحد الرجل المقر لأن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندريء عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل موجب للنفي وهو الإنكار ويتفق رأى أبي يوسف ومحمد مع رأى الأئمة الثلاثة^(٢).

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار فيجب أن يكون المقر عاقلاً مختاراً لأن المكره والمجنون لا حكم لكلامهما والظلم مرفوع عنهما وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه قال «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

٣٥٩ - إقرار زائل العقل: ينقل ما كتب عن ذلك في القتل ويضاف إليه، وإن كان يحن مرة ويفيق مرة أخرى فأقر في إفاقته أنه زنا وهو مفيق فعليه الحد

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - المفق ج ١٠ ص ١٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨

دون خلاف لأن الزنا الموجب للحد وقع منه في حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد في حال يعتبر فيها كلامه فإن أقر في إفاقته ولم يصف الزنا إلى حال الإفاقة ، لم يجب الحد لأنه يحتمل أن الزنا وقع في حال الجنون ولا يجب الحد مع الاحتمال^(١).

٥٤٠ - إقرار النائم : والنائم مرفوع عنه القلم فلوزنا بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر في حال نومه لم يلتفت لإقراره لأن كلامه غير معتبر ولا يدل على صحته مدلوله^(٢) ويشترط أبو حنيفة في المقر أن يكون قادرا على النطق لأن الإقرار عنده يجب أن يكون بالخطاب والعبارة لا بالكتاب والإشارة وعنده أن الأخرس لو أقر في كتاب وأشار إلى صحة صدوره منه إشارة معلومة لم يقبل إقراره لأن الشريعة عقلت الحد على البيان المتناهي والبيان لا يتناهي إلا بالصرح والإشارة والكتابة بمنزلة الكناية ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارة^(٣).

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً في الإقرار فأقرار الأعمى بالزنا صحيح ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالجبوب إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة ، ويقبل إقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما إذ لا يشترط لتحقيق الوطء أكثر من دخول الحشفة في الفرج ولو بغير انتشار^(٤).

٥٤١ - أثر التقادم على الإقرار : ولا أثر للتقادم على الإقرار بل الزنا عند من يقول بالتقادم لأن أثر التقادم على الشهادة بني على تمكن التهمة والضعيفة أما الإقرار فلا تهمة فيه لأن المرء لا يهتم فيما يقر به على نفسه^(٥).

(٢) المفتي ج ١٠ ص ١٧٠

(١) المفتي ج ١٠ ص ١٧٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩ - المفتي ج ١٠

ص ١٧١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ (٤) المفتي ج ١٠ ص ١٧١ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٥٠ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١

٥٤٢ - التحايل على الإقرار : ولا يصح للقاضي أن يحتال للحصول على الإقرار وليس له أن يشجع المقر على الإقرار ولا بأس من أن يظهر الكراهة للإقرار كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم مع ماعز حيث أعرض عنه عند إقراره وقد كان عمر رضى الله عنه يقول « اضربوا المعترفين » أى بالزنا^(١).

ويشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار في مجلس القضاء فإن أقر في غير مجلس القاضي فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار لأنه إما أن يقر وإما أن ينكر فإن أقر كانت الشهادة لغواً وكان الحكم للإقرار لا للشهادة وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعاً عن الإنكار والرجوع عن الإقرار صحيح في الحدود الخالصة حقا لله كحد الزنا^(٢).

ولا يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون الإقرار في مجلس القضاء فيجوز أن يكون من المقر في مجلس القضاء ويجوز أن يحصل في غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود في مجلس القضاء ولكنهم اختلفوا في الشهادة بالإقرار فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعاً^(٣).

ويرى الشافعي قبول الشهادة على الإقرار فإن أنكر حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره ولا يعتبر عدولا عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضي. أما إن أ كذب نفسه في إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعاً عن الإقرار^(٤).

ورأى أحمد قبول الشهادة بالإقرار بشرط أن يشهد بالإقرار أربعة فإن أنكر أو صدقهم دون أربع مرات فلا حد عليه لأن إنكاره يعتبر رجوعاً ولأن تصديقهم لا يكفي فيه مرة واحدة لأن الإقرار عند أحد يشترط فيه أن يكون أربع مرات^(٥).

ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعي بشهادة شاهدين فقط .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢١ - المنقح ج ١٠ ص ١٨٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٦٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ (٥) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٥

٥٤٣ - الإقرار في مجلس القضاء : وإذا أقر الزاني بالزنا ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد لأنه لا يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذباً فيه فإن كان صادقاً في الإنكار فهو كاذب في الإقرار وإن كان كاذباً في الإنكار فهو صادق في الإقرار وهذا الاحتمال يورث شبهة في الحد والحدود تدرأ بالشبهات وقد روى أن ما عزا لما أقر بالزنا بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها الملك سستها كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة بالسرقه أسرقت؟ قولي لا ما أخالك سرت. وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار ولو لم يكن الحد محتمل السقوط بالرجوع ما سحان للتلقين معنى وتلك هي السنة للإمام والقاضي إذا أقر عنده أحد بشيء من أسباب الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع

٥٤٤ - الرجوع عن الإقرار: ويصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء وبعد القضاء ويصح قبل الإمضاء وأثناء الإمضاء فإذا رجع أثناء الإمضاء أوقف تنفيذ العقوبة والرجوع عن الإقرار قد يكون صريحاً كأن يكذب نفسه في إقراره وقد يكون دلالة كهرج المرجوم أثناء الرجم أو الجلد فإذا هرب لم يؤخذ ثانية للتنفيذ لأن الهرب دلالة الرجوع والأصل في ذلك أنه لما هرب ما عزم تبعوه حتى قتلوه ولما ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال « هلا تركتموه » وهذا دليل على أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد ويعتبر مالك وأبو حنيفة وأحمد مجرد الهرب وقت التنفيذ رجوعاً دون حاجة إلى التصريح بالرجوع أما الشافعية فيرون أن الهرب ذاته ليس رجوعاً ولكنه يقتضى الكف عنه لاحتمال أنه قصد الرجوع فإذا كف فرجع سقط الحد وإذا لم يرجع تحتم تنفيذ الحد^(١).

وكما يصح الرجوع عن الإقرار بالزنا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان فإذا أقر شخص بأنه زنى وهو محصن فله أن يرجع عن إقراره بالزنا وله أن يثبت

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٣٢ - المفتى ج ١٠ ص ١٧٣ ، ١٩٥

على الإقرار بالزنا ويعدل عن الإقرار بالإحصان فإذا فعل سقط حد الرجم ووجب حد الجلد^(١).

وإذا اجتمعت الشهادة مع الإقرار فذهب أبى حنيفة على أن الشهادة تبطل باعتراف المشهود عليه قبل القضاء اتفاقاً أما إذا كان الإقرار بعد القضاء بالحد على أساس الشهادة فيرى أبو يوسف سقوط العقوبة لأن الإمضاء في الحدود من القضاء ولأن شرط الشهادة هو عدم الإقرار أما محمد فلا يسقط العقوبة في هذه الحالة^(٢) وترتب على ما سبق أن من يثبت عليه الزنا بشهادة الشهود ثم أقر فحكم عليه بالعقوبة يسقط عنه الحد إذا رجع عن الإقرار سواء كان رجوعه صريحاً أم دلالة ويرى مالك وأحمد أن الزاني إذا تمت عليه البينة وأقر على نفسه إقراراً صحيحاً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه لأنه ثابت من وجه آخر بشهادة الشهود^(٣)

وفي مذهب الشافعي يرون أنه إذا ثبت الحد بالبينة ثم أقر المشهود عليه بعد ذلك عدل عن إقراره، فإن عدوله لا يسقط الحد الثابت بالبينة وإلا كان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات .

أما إذا أقر بالزنا أولاً ثم قامت بينة بزناه فرجع عن إقراره فهناك آراء مختلفة فالبعض يرى أن الرجوع لا يسقط الحد لبقاء حجة البينة كما لو شهد عليه ثمانية مثلاً فردت شهادة أربعة والبعض يرى سقوط الحد بالرجوع لأنه لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار بالرجوع والبعض يرى أن العبرة بالدليل الذي استند عليه الحكم فإن كان الحكم قد استند إلى البينة والإقرار معاً أو على البينة وحدها فإن الرجوع لا يسقط الحد أما إذا استند الحكم على الإقرار وحده فإن الرجوع يسقط الحد ويرى البعض أنه عند اجتماع الإقرار مع الشهادة يجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٤

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٠٦

أن يستند الحكم على الشهادة فيما يتعلق بحقوق الله لأن البيئة أقوى من الإقرار أما فيما يتعلق بحقوق الآدميين فيجب أن يستند الحكم على الإقرار لأنه أقوى من الشهادة ولأن الإقرار في حقوق الآدميين لا يؤثر على الرجوع ويرى البعض أن الحكم يستند في الحالين إلى الإقرار والشهادة معاً^(١).

وإذا سمع القاضي الإقرار في غير مجلس القضاء فليس له أن يقضى على أساس ما سمع^(٢).

وهذا هو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد أما الشافعي ففي مذهبه رأيان أوجههما يرى أن لا يقضى القاضي على أساس ما رآه أو علمه أو سمعه والثاني يرى أحياه أن يقضى القاضي بما رآه أو سمعه أو علمه^(٣).

القرائن

٥٤٥ - القرائن : للقريضة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ويلحق بنفي المتزوجة من تزوجت بصبي لم يبلغ الحلم أو بمحبوب ومن تزوجت بالناء فولدت لأقل من ستة أشهر والأصل في اعتبار قريضة الحمل دليلاً على الزنا قول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وفعلهم : فعمر رضى الله عنه يقول الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا أقامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه أتى بامرأة ولدت ستة أشهر كاملة فرأى عثمان أن ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾.

وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال : يا أيها الناس إن الزنا زنيان زنا سر وزنا علانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى وزنا

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ - شرح الزرقاني ص ١٥٠ و ج ٧ ، ٨ ص ٨٤

(٣) المذهب ج ٢ ص ٣٢٠

العلاية أن يظهر الحمل والاعتراف ، هذا هو قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً .

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن العامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا أو حصوله طوعاً فإذا كان هناك مثلاً احتمال بأن الحمل كان نتيجة وطء بإكراه أو بخطأ وجب درء الحد وإذا كان هناك احتمال بأن الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة امتنع الحد إذ قد تحمل المرأة من غير إيلاج بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها أو نتيجة وطء خارج الفرج ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أنه إذا لم يكن دليل على الزنا غير الحمل فادعت المرأة أنها أكرهت أو وطئت بشبهة فلا حد عليها فإذا لم تدع إكراهها ولا وطأً بشبهة فلا حد عليها أيضاً ما لم تعترف بالزنا لأن الحد أصلاً لا يجب إلا بينة أو بإقرار^(١) .

٥٤٦ - اللعان : أمامالك فيرى أن ظهور الحمل في غير المتزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرار منها وأن ادعاءها الإكراه والوطء بشبهة لا يكفي وحده لدراء الحد عنها بل عليها أن تقيم دليلاً أو قرينة على صحة دفاعها كأن تثبت أنها بلغت عن أكرهها أو أن أناساً شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الإكراه أو أنهم شهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها^(٢)

تنفيذ العقوبة

٥٤٧ - مقرر الحر : إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الحد وهي رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتغريبه .

(١) المنقح ج ١٠ ص ١٩٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١

(٢) المنقح ج ١٠ ص ١٩٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٦

مقارنة بين الشريعة والقانون عن الأدلة على الزنا

٥٤٨ - التكييف الشرعي لحد الزنا: يكيف الفقهاء حد الزنا بأنه حق لله تعالى والأصل عندهم أن الحد يعتبر حقاً لله تعالى إذا استوجبت المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وكل جناية ذات حد يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود عليهم فتعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحقيق النفع ودفع الضرر وحتى لا تسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لا تقبل عفو ولا صلحاً ولا إبراء ولا تخفيفاً ولا استبدالاً .

هذا هو تكييف الفقهاء للحد وهو تكييف ليس بعيداً عن نظرة شراح القوانين الوضعية للعقوبة فهم يعتبرونها حق الجماعة لأن المصلحة العامة تستوجبها وقد يظن أن الاختلاف واقع في الأساس لافي المعاني ولكن الواقع أن الخلاف بينهما معاً فالحد يختلف عن العقوبة في القوانين الوضعية بأنه لا يقبل العفو ولا الاستبدال والعقوبة في القوانين الوضعية تقبلهما ولعل اعتبار الحد حقاً لله هو الذي منع قبول العفو والاستبدال لأن الأفراد والجماعة ليس لهم العفو عما هو حق الله وليس لهم تبديل ما أمر به الله ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن أن يعفو عنه مثل الجماعة أو يستبدل به غيره على أن في الشريعة نوعاً من العقوبات وهو العقوبات التقديرية شرع للمصلحة العامة ويعتبر حق الجماعة ، ولمثل الجماعة أن يعفو عنه وأن يستبدل به غيره من عقوبات التعازير وهذا النوع من العقوبة هو الذي يتفق تمام الاتفاق في التكييف مع العقوبات المقررة في القوانين الوضعية .

٥٤٩ - تعدد العقوبات : وإذا تعددت العقوبات المحكوم بها على الجاني نفذت

جميعاً ما لم تتداخل أو يجب بعضها البعض الآخر .

التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها

بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ولا ينفذ على الجاني إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة .
ويحدث التداخل في حالتين :

الأولى : إذا كانت الجرائم جميعها من نوع واحد كالزنا المتعدد والسرقات المتعددة والشرب المتعدد ففي هذه الحالة تتداخل العقوبات المتعددة ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامه العقوبة عليه وجبت لهذه الجريمة الأخرى عقوبة ثانية أما إذا ارتكب أى جريمة أخرى من نفس النوع قبل تنفيذ العقوبة عليه فإن عقوبة الجريمة الجديدة تتداخل مع عقوبات الجرائم السابقة مادامت جميعاً من نوع واحد والعبرة في التداخل بتنفيذ العقوبة للاحكام بها فالعقوبات تتداخل مادامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها أى أن صدور الحكم بعقوبة مالا يمنع من تداخلها في عقوبة أخرى .

ويحدث التداخل مادامت الجرائم من نوع واحد ولو اختلفت أركانها وعقوباتها كالزنا من محصن تتداخل عقوبته مع عقوبة الزنا من غير محصن لأن الجريمتين من نوع واحد ولا عبرة باختلاف الأركان ونوع العقوبة ولكن في مثل هذه الحالة تكون العقوبة الأشد هى الواجبة فمن زنا وهو بكر ثم زنا وهو محصن عوقب على الجريمتين بعقوبة واحدة هى عقوبة الرجم .

الثانية : إن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزى عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى لتحقيق غرض واحد كالأكل الميتة والدم ولحم الخنزير فهذه الجرائم قد حرمت لحماية مصلحة الأفراد فإذا أكل شخص ميتة ثم شرب دماً ثم أكل لحم خنزير تداخلت عقوبات هذه الجرائم الثلاث وأجزأ عنها عقوبة واحدة .

الحب : معنى الحب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يتمتع مع

تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإنه تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيدة التي تجب ماعداها وهناك خلاف على نظرية الجب ومداها وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب في القسم العام ونسكتفي هنا بما ذكرنا^(١).

٥٥٠ — من الذي يقيم الحد؟ من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحد يقتدر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الخيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء نفسه أو بواسطة نائبه. وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرحضوره لازماً فقال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال «اذهبوا به فاقطعوه».

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم وما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قوله «أربع إلى الولاية: الحدود والصدقات والجمعات والنيء» والإذن بإقامة الحد إما أن يكون إذناً مؤقتاً يصدر بمناسبة كل حالة وإما أن يكون إذناً دائماً يصدر إلى النواب والحكام بإقامة الحد على المحكوم عليهم بحد^(٢).

وهناك خلاف بين أبي حنيفة من ناحية ومالك والشافعي وأحمد من ناحية على ما إذا كان للسيد أن يقيم الحد على عبيده ولم ترداعياً للتعرض لهذا المبحث بعد أن ألنى الرقيق في العالم.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المنى ج ١٠ ص ١٩٧ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧
(٢) المنى ج ١٠ ص ١٤٦ وما بعدها - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

٥٥١ — **عمومية التنفيذ** : ويجب أن يقام الحد في علانية لقوله تعالى ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً إذ المفروض أن عدد الزمّة غير محدود وأنه يجب أن يكون من السكّنة بحيث يقضى على الرجوم بسرعة أما في الجلد فيكفي إقامة الحد شخص واحد . ولذلك اختلف في عدد من يحضر الجلد ففسر البعض كلمة طائفة بأنها شخص واحد ومقيم الحد وقال البعض إنها شخصان غير مقيم الحد وقال البعض إنها أربعة وقال البعض إنها عشرة^(١) .

٥٥٢ — **كيفية التنفيذ في الرجم** : إذا كان للرجوم رجلاً أقيم قائماً ولم يوثق بشيء ولم يحفر له ولم يمسك أو يربط سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو إقرار لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لما عزال للجهنمية ولا لليهوديين قال أبو سعيد لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خر جنا إلى البقيع فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا ، وإذا هرب الرجوم وكان مقراً لم يتبع وأوقف التنفيذ أما إذا كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لكن إذا لم يصبر للرجوم المشهود عليه ولم يمكن إقامة الحد إلا بربطه أما إذا كان للرجوم امرأة فيجيز أبو حنيفة والشافعي الحفر لها إلى صدرها لأن ذلك أستر لها يأخذ بذلك بعض الفقهاء في مذهب أحمد ولكن الرأي الراجح في مذهب أحمد هو عدم الحفر وهو مذهب مالك .

ويرى أبو حنيفة جواز الحفر للمرأة في كل حال أما الشافعية والحنابلة القائلون بالحفر فيزول الحفر في حالة ما إذا كان الحد ثابتاً بالبينة فقط فإن كان ثابتاً بالإقرار فلا حفر لأن ذلك يعطلها عن الهرب والهرب كما قلنا يعتبر رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار مسقط للحد وإذا رجعت المرأة دون حفر شدت عليها ثيابها لكي لا تنكشف ولأن ذلك أستر لها^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المفتي ج ١٠ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المفتي ج ١٠ ص ١٢٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

والسنة أن يحاط بالرجوم فيرمى من جميع الجوانب ويرى البعض أن يصف الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا وحجة ماقاله على حين رجم شراحة الهمزانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة فقال لهم ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضاً صفوا كصف الصلاة صفاً خلف صف^(١).

ويشترط أبو حنيفة عند ثبوت الزنا بشهادة الشهود أن يبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام أو نائبه ثم الناس بحيث لو امتنع الشهود عن البدء سقط الحد عن الشهود عليه ولكن امتناع الشهود لا يترتب عليه حدهم لأن متناعهم ليس صريحاً في رجوعهم عن الشهادة^(٢).

ولا يشترط الشافعي وأحمد بداءة الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة وهو رواية عن أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة حيث يرى أن البداءة مستحبة لامتثقة^(٣) ولكنهما لا يوجبان حضور الشهود والإمام ولا يرتبان على التخلف عن الحضور نتيجة ما.

أما مالك فلا يعرف بداءة الشهود والإمام ولا يعتبرها سنة مستحبة لأن الحديث الوارد فيها لم يصح عنده^(٤).

وحجة أبي حنيفة ماروى عن علي لما أراد أن يرجم شراحة الهمزانية حيث قال : الرجم رجمان رجم سرور رجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعتزف بذلك فيبدأ فيه الإمام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس وقد تم هذا في محضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً . كما أن في الأمر ببداية الشهود احتيال للدرء الحد.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٢٣ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٣ - المغني ج ١٠

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣

ص ١٢٤ ، ١٣٨

لأن الشاهد قد يفتري على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجرؤ على القتل إذا علم أنه شهد كاذباً^(١).

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداية أو غابوا فلم يحضروا اليوم المحدد للتنفيذ أو ماتوا قبل يوم التنفيذ فإن ذلك يؤدي إلى امتناع التنفيذ ولكن محمداً من أصحاب أبي حنيفة يرى أنه إذا تعذرت البداية من الشهود نفذ الحد كأن كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدي^(٢).

ويشترط أبو حنيفة أن تبقى للشهود أهلية أداء الشهادة عند التنفيذ فلو بطلت الأهلية بفسق أو ردة أو جنون أو عي أو خرس أو بحد للقذف فلا يقام الحد على المشهود عليه وحجة أبي حنيفة أن طرؤه أسباب الجرح على الشهادة وقت التنفيذ بمثابة طرؤها وقت القضاء وأسباب الجرح عند القضاء تبطل الشهادة، ولا يرى الأئمة الثلاثة هذا الشرط والعبرة عندهم بالأهلية وقت القضاء لا بعده ورأيهم يتفق مع قواعد القوانين الجنائية الوضعية ويظهر أن أبا حنيفة مقصود من رأيه درء الحد تطبيقاً للحديث المشهور «ادروا الحدود بالشبهات» ولكن لا يمكن العمل برأيه الآن مادام التنفيذ ليس من اختصاص الهيئة القضائية على أن بعض شراح القوانين الوضعية يرون جعل التنفيذ مكملًا للقضاء وهذا يتفق مع نظرية أبي حنيفة^(٣).

ويقام حد الرجم في أى وقت في الصيف وفي الشتاء وفي الصحة والمرض لأنه حد مهلك فلا معنى للتحرز من الهلاك ولكنه لا يقام على الحامل حتى تضع لأن إقامته تؤدي إلى هلاك الولد والحكم لم يصدر ضده وسنتكلم عن التنفيذ على الحامل فيما بعد ويستحسن لكل راجم أن يعتمد مقتلاً وأن يتقى الوجه كما يستحسن أن يكون وقف الراى من المرجوم بحيث لا يبعد عنه فيخطئه وجمع بدن المرجوم للرجم ويختار أن يتقى الوجه لأن الرجم حد مهلك فكل ما أسرع بالحكم عليه إلى الهلاك كان أولى.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢، ١٢٣ (٢) المراجع السابقة

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - المغنى ج ١٠ ص ١٨٧

ولا يقام الحد في المساجد اتفاقاً ويستحسن أن يقام في مكان متسع بعيداً عن المساكن حتى لا يؤدي التنفيذ إلى إصابة أحد غير المرجوم .

ويرمى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم وما يقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ففي خبر ماعز أنه رمى بالعظام والمدر والخزف ولا يرمى للرجوم بالحصىات الخفيفة حتى لا يطول تمذيبه ولا يرمى بالصخرات الكبيرة لئلا تدمغه فيموت به التذليل المقصود واختار أن تكون ملء الكف .

وليس هناك عدد محدد للحجارة التي يرمى بها المرجوم فقد تصيب الحجارة مقاتله فيموت سريعاً بعد أن يرمى بعدد قليل من الحجارة وقد لا تصيب الأحجار مقتلاً إلا بعد وقت فيحتاج الأمر إلى قذفه بعدد كبير من الحجارة والمقصود من الرجم القتل فيرجم المحكوم عليه حتى يقتل ولا يقوم مقام الرجم أى فعل آخر يؤدي للموت كقطع الرقبة بالسيف أو كشنق للرجوم وإذا هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتي يفسلونه ويكفونونه ويصلون عليه ويدفونونه وبهذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ كيفية التنفيذ في الجلد : يضرب المحكوم عليه بسوط ضرباً متوسطاً مائة ضربة ويشترط أن لا يكون السوط يابساً لئلا يجرح أو يبرح وأن لا يكون به عقد في طرفه الذي يصيب الجسم لأنها تؤدي إلى ما يؤدي إليه يبس السوط^(١) ويشترط أن لا يكون للسوط أكثر من ذنب واحد فإذا لم يكن لذلك احتسبت الضربة ضربات بعدد ما للسوط من أذنان ، فإن كان للسوط ذنان ، احتسبت الضربة ضربتين وإن كلن ثلاثة احتسبت الضربة ثلاث ضربات وهكذا^(٢) ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستعورته^(٣) ويرى الشافعي وأحمد أن لا يجرى المجلود من ثيابه وأن يترك عليه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤

القميص والقميصان أما إن كان عليه فروة أو ملابس شتوية أو جبة محشوة نزع^(١).
ويرى مالك ضربه قاعداً ولا يمسك المرحوم ولا يربط وقت الضرب إلا إذا
امتنع فلم يقف أو لم يصبر على الوقوف أو الجلوس فلا بأس في هذه الحالة بربطه
أو إمساكه^(٢).

ويضرب الرجل قائماً غير ممدود عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد . أما المرأة
فتضرب وهي جالسة لأنه أستر لها ، ولا يجمع الضرب في عضو واحد لأنه يفضي
إلى تلف ذلك العضو أو تمزيق جلده وهو غير جائز بل يفرق الضرب على سائر
الأعضاء إلا الوجه والفرج لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « اتق وجهه ومذاكره »
وإلا الرأس لتخوف التلف والهلاك وهذا هو رأي أبي حنيفة وأحمد وإن كان
أبو يوسف يرى ضرب الرأس ضربة واحدة وفي مذهب أحمد يرون اتقاء البطن
أيضاً والمواضع الأخرى القاتلة وهو ما يقول به بعض فقهاء الحنفية^(٣).

ويرى بعض الشافعية رأي أبي حنيفة وأحمد ولكن البعض يرى مع مالك
أن يكون الضرب في الظهر فقط^(٤).

ورأيهما يتفق مع المعمول به في مصر في تنفيذ الأحكام التي تصدر بالجلد على
رجال الجيش والبوليس فإن الضرب قاصر على الظهر فقط . وحد الجلد في الزنا
أشد الحدود ضرباً لقوله تعالى ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وتفسر
الرأفة بتخفيف الضرب ولكن الفقهاء يشترطون أن يكون الضرب بين
فلا هو بالمبرح ولا بالخفيف وليس للجلاد أن يمد يده بالسوط بعد الضرب لأن
مد السوط في الضرب بمنزلة ضربة أخرى وعليه أن يرفع السوط لأعلى بعد أن
يمس جسم المحدث دون أن يسجن وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٨ - الاقتناع ص ٢٤٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٨٨ - مرجع آخر للشافعي عن ضرب الظهر - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤

(٢٩ - التذريع الجنائي الإسلامي ٢)

ولا يبدى إبطه في رفع يده لأن الضرب يكون شديداً في هذه الحالة يخشى منه الهلاك وتمزيق الجلد^(١).

ويشترط في إقامة حد الجلد أن لا يؤدي إلى هلاك الحدود لأنه حد زاجر لأحد مهلك ، فلا يقام في الحر الشديد ولا البرد الشديد إذا خشى الهلاك ، ولا يقام على المريض حتى يبرأ ولا على النفساء حتى ينقضي النفاس ولا على الحامل حتى تضع . وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد . ولكن البعض الآخر يرى أن يؤخر للحمل فقط وأن لا يؤخر الجلد لمرض أو لحر أو لبرد ولكنه يقام بسوط يؤمن معه التلف فإن خشى من السوط أقيم بأطراف الثياب ، وما أشبه مما يحمله الحدود وعلى هذا فلا خلاف بين الرايين لأن كلاهما ينظر إلى عدم هلاك الحدود وأن يكون التنفيذ بحيث يحتمله^(٢).

٥٥٤ - التنفيذ على الحامل : من المتفق عليه أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره والأصل في ذلك حديث الغامدية فقد روى أن امرأة من بني غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقررة بالزنا وهي حامل وقالت إنها حبلى من الزنا فقال لها « ارجى حتى تضعى ما فى بطنك » فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول « إذن لا ترجعها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يابى الله فرجها . وقد جرى صحابة الرسول من بعده على هذا فيروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضى الله عنه فهم عمر برجها وهي حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجعها . وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال مثل هذا والعلة في عدم إقامة الحد على الحامل أن في إقامة الحد عليها في حال حملها

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٨ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٣٣ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المغنى ج ١٠ ص ١٤٠ ، ١٤١

إتلافاً لمصوم وهو الحمل ولا سبيل إليه ، وإذا كانت هي غير معصومة من إقامة الحد فإن من القواعد الأساسية أن لا تزر وازرة وزر أخرى ، وألا تصيب العقوبة غير الجاني والعقوبة التي تصيب الحامل تتمدى إلى حملها وسواء كان الحد رجماً أو جلداً فإنه لا ينفذ على الحامل حتى تضع حملها لأنه لا يؤمن تلف الولد من سرية الجلد وربما سرى الجلد إلى نفس الأم فيفوت الولد بفواتها .

وإذا وضعت الأم حملها فإن كان الحد رجماً لم ترجم حتى تسقيه اللبن ثم إن كان له من يرضعه أو يتكفل برضاعه رجعت وإلا تركت حتى تطفئه^(١) .

وإذا وضعت الأم حملها وكان الحد جلداً فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا يقام عليها الحد حتى تشفى من نقاسها وتصبح قوية يؤمن تلفها إن أقيم عليها الحد ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد إقامة الحد في الحال بسوط يؤمن . مع التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالنكول ، يعنى شراخ النخل وأطراف الثياب وحجة هذا الفريق الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذي زنا فقال «خذوا له مائة شراخ فاضر به بهاضرة واحدة» . أما حجة القائلين بتأخير الحد ماروى عن علي رضي الله عنه أنه قال إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجعلها فإذا هي حديثة عهد بنفاس فحشيت إن أناجلتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد»^(٢) .

وإذا لم يكن الحمل ظاهراً فلا يؤخر الحد ولو كان من المحتمل أن تكون حملت من زنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجنينية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس: اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم على شراخ ولم يستبرئها وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد فإذا ادعت المرأة الحمل فيرى أحمد وبعض الشافعية قبول قولها وحبسها حتى يتبين

(١) الفتى ج ١٠ ص ١٣٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

(٢) الفتى ج ١٠ ص ١٤٠ - المذهب ج ٢ ص ١٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

أمرها دون حاجة إلى التحقق من صحة ادعائها لأن الحمل الحديث وما يدل عليه من الدم وغيره يتمذر إقامة البينة عليه فيقبل قولها فيه^(١).

ويرى بعض الشافعية وأبو حنيفة أن لا يقبل ادعاء المرأة إلا بعد استطلاع من له خبرة من النساء فيقررون أن ادعاءها صحيح وإلا نفذ عليها الحد^(٢).

ويرى مالك أن يؤخر تنفيذ الحد سواء كان جلدًا أو رجماً على الزانية المتزوجة إذا مكث ماء الزنا ببطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها وتوخر أيضاً إذا لم يستبرئها الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعون يوماً وتوخر المرأة في الحالين الحيضة . أى حتى تحيض مرة واحدة إن أمكن حملها خشية أن يكون بها حمل ويقوم مقام الحيضة . فمن لم تحض بعد مرور ثلاثة أشهر لم تحض فيها بحيث لا يظهر عليها الحمل فإن ظهر عليها الحمل أخرت حتى تضع - أما غير المتزوجة فلا يؤخر تنفيذ الحد عليها إن لم تمض على ماء الزنا أربعون يوماً في بطنها أو مضى عليه هذه المدة ولم يكن في الإمكان حملها فإن كان الحمل ممكناً أخر تنفيذ الحد عليها حيضة على التفصيل السابق^(٣).

٥٥٥ - - التنفيذ على المريض : إذا كان الحد الواجب على المريض هو الرجم فلا يؤخر الحد بل ينفذ في الحال لأن الرجم حد مهلك وهو مستحق القتل . أما إذا كان الحد الواجب هو الجلد فالحكم يختلف باختلاف ما إذا كان المريض يرجى شفاؤه أو لا يرجى شفاؤه .

المريض الذي يرجى شفاؤه : إذا كان المريض يرجى شفاؤه فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا يجلد حتى يشفى من مرضه لأن إقامة الحد حال المرض قد يؤدي لتلف المريض وحجتهم ما روى من حديث على حين كلف بجلد أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فوجدها حديثة عهد

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٨ - المفتي ج ١٠ ص ١١٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٧

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٩٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

بنفاس فخشى إن جلدها أن يقتلها فعاد إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « يا على أفرغت » قال أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى يقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد ^(١) » .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد أن الحد يقام ولا يؤخر لأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة ويحتج هذا الفريق بأن عمر رضي الله عنه أقام الحد على قدامى بن مطعون في مرضه ولم يؤخره وانشر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعاً ^(٢) ويعتبر الفقهاء النفاس مرضاً .

المريض الذي لا يرجى شفاؤه: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن المريض الذي لا يرجى شفاؤه من مرضه يقام عليه الحد في الحال ولا يؤخر ولكنهم يشترطون أن يقام الحد بسوط يؤمن معه التلف كالقضيبي الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضفت فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وحجتهم ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بضرب رجل مريض حتى ضنى ضربة واحدة بمائة شمراخ لأنه زنى ولأن المريض الميؤوس من شفاؤه إما أن يترك لمرضه فلا ينفذ عليه الحد أو ينفذ عليه كاملاً فيفضى ذلك إلى موته فتعين التوسط في الأمر وجلده جلدة واحدة بمائة شمراخ وليس نمة ما يمنع من أن تقوم الضربة الواحدة بمائة شمراخ مقابل المائة ضربة كما قال الله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضفتا فاضرب ولا تحث ﴾ فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بما لا يوجب القتل ^(٣) .

ولكن ما لكا لا يأخذ بهذا الرأي ويرى ضرب المريض الذي لا يرجى شفاؤه مائة جلدة ولا يرى في ضربه بالنكال إلا جلدة واحدة .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ - المفق ج ١٠ ص ١٤١

المفق ج ١٠ ص ١٤١

المفق ج ١٠ ص ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

موانع التنفيذ

٥٥٦ - يتمتع التنفيذ إذا جدد ما يسقط الحد بعد الحكم به ومسقطات الحد هي :

١ أولها : يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار سواء كان الإقرار حريماً أو ضمنياً وقد سبق أن فصلنا الكلام عن الرجوع ومتى يسقط الحد

ثانياً : عدول الشهود : ويسقط الحد ببدول الشهود عن شهادتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم مادام عدد الشهود الباقين على شهادتهم أقل من أربعة .
ثالثاً : تكذيب أحد الزانين للآخر أو ادعاؤه النكاح إذا كان الزنا ثابتاً بإقرار أحدهما وهو مذهب أبي حنيفة أما الأئمة الثلاثة فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد وأن ادعاء النكاح لا يسقطه إلا إذا أقام الدليل على وجود النكاح .
رابعاً : بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم وهو مذهب أبي حنيفة ولا يوافقهم عليه الأئمة الثلاثة .

خامساً : موت الشهود قبل الرجم خاصة وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً ولا يأخذ به الأئمة الثلاثة .

سادساً : زواج الزاني من المزني بها والقائل بهذا هو أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة وحجته أن النكاح يورث شبهة تدرك الحد لأنه يعطى الزوج حق الملك والاستمتاع ولكن فقهاء المذهب لا يوافقونه على هذا الرأي لأن الفعل وقع زناً وكان سابقاً على الزواج^(١)

الكتاب الثاني

القذف

تمهيد

٥٥٧ - تعريف القذف : القذف في الشريعة الإسلامية نوعان : قذف

يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير فأما ما يحد فيه القاذف فهو رمى المحصن بالزنا أو نفى نسبه وأما ما فيه التعزير فهو الرمي بغير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير أيضاً .

والكلام هنا مقصود به جريمة القذف المعاقب عليها بالحد وإن الكلام على هذا النوع من القذف يشمل القذف والسب الذي يجب فيه التعزير وقد سكت الفقهاء عن بيان الفروق بين القذف بنوعيه وبين السب والشتم ، ولكن الظاهر من تتبع أقوالهم وأمثالهم في أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا والرشوة ويعتبرون القول سباً إذا كان ماري به المجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة كمن قال لآخر : يا كلب يا حمار أو قال لبصير يا أعمى ! فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته .

٥٥٨ - قاعدة الشريعة في إثبات القذف والسب : القاعدة في الشريعة

أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن ينبت صحة مارماه

به فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة ، أما من سب إنساناً أو شتمه فعليه العقوبة وليس له الحق في إثبات صحة ما قال لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يفيقه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقدوس والإيذاء محرم في الشريعة ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح أن يعزر به .

٥٥٩ - بين الشريعة والقانون : ويختلف قانون العقوبات المصري عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنساناً بشيء أن يثبت صحة ما قذفه به وعليه العقوبة ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه والأساس الذي يقوم عليه القانون المصري هو حماية حياة الأفراد الخاصة وهو نفس الأساس الذي تقوم عليه القوانين الأوربية لأن مصدرها جميعاً واحد هو القانون الروماني فالقانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويماقب الصادق والكاذب على السواء والمبدأ الأساسي في هذا القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلقاً لما قال .

وإذا كان هذا المبدأ يحمي البراء من السنة الكاذبين الملققين فإنه يحمي الملوئين والجرمين والفاستقين من السنة الصادقين ، وإذا كان هذا المبدأ قد عني بحماية حياة الأفراد الخاصة فإنه قد أدى إلى إفساد الأفراد والجماعة على السواء لأن القانون حين يعاقب على الصدق لا يمنع الصادق من قوله الحق فقط وإنما يدفعه إلى الكذب ويشجعه على النفاق والرياء كما أن القانون لا يصلح الفرد المعوج السيرة بحمايته وإنما يشجعه بهذه الحماية على الإمعان في الفساد بل إنه ليفرى كثيراً من الصالحين بسلوك طريق الفساد ما دام أنهم قد أمنوا من التشريع والانتقاد وهكذا تفسد الجماعة وتهدر الأخلاق الفاضلة لأن القانون يحمي من لا يستحق الحماية على الأخلاق .

بهذا المبدأ الذى قام عليه القانون ينعدم الفرق بين الخبيث والطيب والسيء والحسن وينعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب فالطيب لا يستطيع أن ينقذ الخبيث ، والخبيث سادر فى غيه ذاهب إلى نهاية طوره لأنه لا يخشى رقيباً ولا حسيباً من الجماهير . ولا يستطيع امرؤ طبقاً لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها وأن يصف الموصوفات بأوصافها ولا يستطيع أن يقول لمن زنا يازانى ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق ولا يستطيع أن يقول للمفتزى يا كاذب فإن قالها باء بالعتوبة وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق ذالك هو مبدأ القانون فى جرائم القول يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن المنكر وأن يحطوا من قدر السيئ ليرفعوا من قدر الحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستنتوا منه حالات أربع هى :

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسنده إلى المقذوف ^(١) .

وقد تقرر هذا الاستثناء بإسقاط الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة إذ أن أعمالهم معرضة للانتقاد فيدعوم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوا .

٢ - مانه دعوة الأمة إلى الانتخاب : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك

(١) المادة رقم ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكة وأخلاقه .

٣ - حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلفاً لما قال .

٤ - حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف والسب الذي يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

ويلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال هذا هو مبدأ القانون المصرى في جرائم القول وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة وهى مستثنيات المبدأ فى مصر وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد إذ بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة .

وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء إذ يعمض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب . والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة

للجماعة لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة وإذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون ، ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة تؤدي إلى إفساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبي في نفوسهم فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فإنما يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى ينجر عليه من السقف أو ينقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسي للجرائم القولية في الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء وإباحة الصدق في كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب في الشريعة على من يقول الحق ولا. واخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها والموصوفات بأوصافها ، ولا عقاب على من يقول للزاني يازاني إذا أثبت أنه زان ولا عقاب على من يقول للشارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول لا لكاذب إنك كاذب إذ لم يعد قول الحق .

وليس لهذا المبدأ استثناءات فكل إنسان يستطيع أن يظعن في أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة في أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن في حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن الشريعة لا تحمي النفاق والرياء والكذب ، ولأن الشخص الذي لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة في حياته الخاصة ليس أهلاً في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة .

وكل إنسان في وقت الانتخابات وفي غير الانتخابات يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن وللمسيء هذا مسيء مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسيء ، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أي هيئة أخرى أو كان

عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء مادام يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء ، فليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق في وقت الانتخابات وتحريمه في غير ذلك من الأوقات لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ولا تحرمه في أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .

وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معا لأعضاء البرلمان والمتقاضين لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم فلا تجمع في حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال ، ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذه هي الشريعة الإسلامية تقوم على حماية الحياة العامة من الفساد والرياء وحماية الأفراد من مسابقة الأهواء ، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع لا العقاب وترى أن الفرد الفاسد أحق بأن يتحمل وزر عمله وأن لا يتضرر من نتائجه ، ومن ثم أباحت إثبات القذف فإن استطاع القاذف إثبات ما قال فلا عقاب عليه ، وإيس للمقذوف أن يتضرر من القذف لأنه نتيجة عمله هو لا عمل القاذف ، فإن عجز القاذف عن الإثبات فهو ظالم يستحق العقوبة ، ويجب أن نلاحظ أن في إيقاع العقوبة على القاذف بعد إباحة إثبات القذف له وعجزه عن الإثبات دليل قاطع على عدم صحة القذف ، أما إيقاع العقوبة على القاذف مع منعه من إثبات القذف كما هو الحال في القانون فإنه لا يبرىء مما يقذف به ، ولا يقطع بكذب القاذف ، ومن هذا يتبين أن نظرية الشريعة أكرم وأفضل للمجنى عليه والجانى من نظرية القانون الوضعي .

وإذا كان القاذف لا يعاقب على القذف إذا أثبت صحته فليس معنى ذلك إهدار المقذوف طول حياته بحيث يقذف ولا يعاقب قاذفه وإنما للمقذوف أن يستعيد عصمته بتوبته وصـلاحه فإن تاب وصلى حاله عوقب قاذفه عقوبة تمزيقية إذا كان يعلم بتوبة المقذوف وانصلاح حاله ، وكان يقصد من القذف إيذاؤه^(١) .

بل إن قاذف أى شخص بمعصية يعزر على القذف مادام المقذوف قد عوقب من قبل على معصيته لأن القذف كان مجرد الإيذاء^(٢) .

٥٦٠ — النصوص الواردة في القذف : الأصل في تحريم القذف الكتاب والسنة فأما الكتاب فقول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ وقوله ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا وماهن يا رسول الله ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » .

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

٥٦١ — ذكرنا أن القذف الذى يجب به الحد هورمى الحصن بالزنا أو نفى النسب عنه وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف التى يجب بها الحد ثلاثة : ١ - الرمى بالزنا أو نفى النسب . ٢ - أن يكون المقذوف محصناً . ٣ - القصد الجنائى .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢١٣

الركن الأول الرمي بالزنا أو نفى النسب

٥٦٢ -- يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني المجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن إثبات مارماه به . والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجنى عليه وقد لا يكون فمن قال لشخص يابن الزنا فقد نفى نسبه ورمى أمه بالزنا ومن قال لشخص يازانى فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه . فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب المجنى عليه إذا تمدى القذف لأمه . أما نفى النسب يقتضى دائماً رمى أم المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه أو على غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته^(١) .

وإذا كان القذف بغير الزنا أو نفى النسب فلا حد فيه كالقذف بالكفر والسرقة والزندقة أو شرب الخمر أو أكل الربا أو خيانة الأمانة إلى غير ذلك ويعاقب على فعل هذا القذف بالتعزير وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفى النسب إذا لم تستوف شروط الحد .

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة .

إذا كان القذف بما يؤلم المقذوف ويؤذى شعوره كأن ينسب للمقذوف أنه عقيم أو عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل أو أنه أسود اللون أو بشع الخلق أو أنه من أسرة وضيعة .

والعبرة في تحديد الإيذاء بما جرى عليه العرف أى بما تعارف عليه الناس . ويعاقب القاذف في هذه الحالة بالذات سواء صح مانسب للمقذوف أو لم يصح لأنه إذا صح ما نسبته للمقذوف فإنه ليس فيه ما يشين ولا ما تحرمه الشريعة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٠ ، ١٩٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٥ ، ٨٦

المعنى ج ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ - ٢٩١

فالقذف ليس إلا إيذاء للمقذوف وإيلاام له دون مبرر . وإذا لم يصح مانسبه للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه مايشين أو ماتحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم المفتري عليه ويؤذيه والشريعة تعتبر الإيذاء دون مبرر شرعى جريمة يعاقب عليها والفرق بين هذه الحالة والحالات السابقة التى يعنى فيها من العقاب أن القاذف يؤذى المقذوف ويؤلمه فى كل الأحوال ولكنه يعنى من العقاب فى الأحوال السابقة لأن للإيذاء مبرراً شرعياً وهو إتيان المقذوف ماتحرمه الشريعة أما عن الحالة الأخيرة فليس هناك مبرر شرعى للإيذاء .

والرمى باللواط عند مالك والشافعى وأحمد حكمه حكم الرمى بالزنا لأنهم يعتبرون اللواط زنا واللائط زانياً سواء كان فاعلاً أو مفعولاً به امرأة أو رجلاً فإذا ثبت أن القاذف أراد من القذف أن المقذوف يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد . أما أبو حنيفة لا يرى حد القاذف باللواط ويرى تعزيره لأنه لا يعتبر اللواط زنا ومن ثم لا يعتبر الرمى باللواط رمياً بالزنا^(١) .

وإذا نسب القاذف للمقذوف أنه لوطى وادعى أنه أراد أن المقذوف من قوم لوط فلا عبرة بادعائه ويجب حد القذف عند مالك ويحده أيضاً الشافعى إلا إذا أراد أنه على دين قوم لوط .

أما أحمد فاختلفت عنه الرواية فروى عنه أنه يوجب الحد على القاذف إذا قال للمقذوف يالوطى . وروى عنه أنه فرق بين ما إذا قال القاذف أردت أن دينه دين لوط وفى هذه لا حد عليه وبين ما إذا قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط وفى هذه عليه الحد ووجه الإعفاء من الحد أن القاذف فسر كلامه بما لا يوجب الحد فاعتبر التفسير متصلاً بالقذف والقاعدة أن مثل هذا التفسير لو اتصل بعبارة القذف من وقت القذف لم يجب الحد ، أما الرواية الثالثة فيرى أحمد أن القاذف إذا كان فى غضب فهو أهل لأن يقام عليه الحد لأن الغضب قرينة تدل على

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - المفتى ج ١٠ ص ٢٠٩

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٩٠

إرادة القذف بخلاف حال الرضا ، والراجح في المذهب هو الرواية الأولى لأن كلمة لوطى لا يفهم منها الآن إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة في اللواط صراحة لفظ الزانى في الدلالة على الزنا ولأن قوم لوط لم يبق منهم باقية فلا يحتمل أن ينسب إليهم أحد^(١) .

ومن قذف إنساناً بإتيان بهيمة فعليه الحد عند من يعتبر إتيان البهيمة في حكم الزنا وهذا ما يراه بعض الشافعية والحنابلة ولا حد عليه ولكن يعزر عند من لا يعتبرون إتيان البهائم زنا وهم مالك وأبو حنيفة وأكثر الشافعية والحنابلة^(٢) والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به وكل ما لا يجب حد الزنا بفعله لا يجب الحد على القاذف به فمن قذف إنساناً بالباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة فلا حد عليه وإنما عليه التعزير لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا ومن قذف امرأة بالمساقة أو بالوطء مستكرهة فلا حد عليه ، وإنما عليه التعزير لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا^(٣) .

هذه هي القاعدة العامة عند الفقهاء ومتفق عليها ولكنهم يختلفون في تطبيقها لاختلافهم فيما يوجب حد الزنا .

ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الوالد وإن علا إذا قذف ولده وإن نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة لأن عقوبة القذف وإن كانت حداً إلا أنها متعلقة بمحقوق الأفراد ولأن القذف حق لا تستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للإبن على أبيه كالقصاص وإذا كان من المسلم به أن الإبن لا يقتص من الأب ولا يقطع في سرقة

(١) تراجع المراجع السابقة .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ - نهاية المحتاج

ج ٧ ص ٤٠٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ ، ٢١٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢١٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ١٩٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٩

ماله فأولى أن لا يحد في قذفه ، ويرتب أصحاب هذا الرأي على ما يقولون أن الوالد لو قال لولده من زوجته المتوفاة يا ابن الزانية لم يكن للولد أن يرفع على والده الدعوى لكن إذا كان لها ابن آخر من غيره استطاع أن يرفع دعوى القذف لأن حد القذف يثبت لكل من المستحقين على الانفراد ويترتب على هذا الرأي أيضاً أنه لو قذف الزوج زوجته في حياتها فرفعت دعوى القذف ثم ماتت قبل الحكم فيها ولم يكن لها ورثة غير أولادها من الزوج القاذف فإن الدعوى تسقط حتى عند من لا يسقطون الدعوى بالوفاة . لأن ورثة المتوفاة أولاد القاذف وليس لهم أن يطالبوه بحد القذف « الدعوى تسقط دائماً عند أبي حنيفة بالوفاة وليس للورثة أن يحلوا محل المذوف لأن حق القذف ليس من الحقوق المالية التي تورث » (١) .

وفي مذهب مالك رأيان : أحدهما يتفق مع الرأي السابق . وثانيهما : لأن أن يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام فينطبق على الأب كما ينطبق على غيره . ولأن العقوبة حد والحد حق الله فلا يمنع من إقامتها قرابة الولاد ولكن القائلين بهذا الرأي يسلّمون بأن الابن يفسق بمطالبتهم بحد أبيه أي أن عدالة الابن تسقط لمباشرته سبب عقوبة أبيه لأن الله تعالى يقول ﴿ ولا تقل لم أف ولا تنهرهما ﴾ ويقول ﴿ وبالوالدين إحسانا ﴾ (٢) .

ولا يشترط في القذف أن يكون بلفظ معينة فيصح أن يكون باللغة العربية ويصح أن يكون بغيرها من اللغات ويشترط في القذف أن يكون صريحاً وصريح القذف مالا يحتمل غيره فإن احتمل غيره فهو كناية أو تعريض . فن قال يا زاني أو أنت زان ، فقد جاء بقذف صريح وإن قال أبوك زان أو أمك زانية أو يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فهو قذف صريح للأُم والأب وإن قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً صريحاً أيضاً لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا . أما

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - المنقح ج ١٠ ص ٢٠٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٧ - المنقح ج ١٠ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧

(٣٠ - التفسير الجنائي الإسلامي ٢)

إن قال ما أنا بزنان وليست أُمى بزانية أو قال يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراية أو قال لامرأة : فضحت زوجك وجعلت له قرونا أو أفسدت فراشه ونكست رأسه فذلك هو التعريض أو الكناية .

ولا خلاف في أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد أما القذف القائم على التعريض والكناية فيختلف على عقوبته فيرى أبو حنيفة وما يراه رواية من مذهب أحمد : أن لا حد على القذف بالتعريض أو الكناية وإنما فيه التمييز ، وحجة أصحاب هذا الرأي ما روى أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتى وابت غلاماً أسود يعرض بنفيه فلم يعاقبه الرسول على ذلك القول وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض بها من العدة وحرم التصريح فقال جل شأنه ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفاً ﴾ فإذا كان الشرع قد فرق بين التعريض والتصريح فيما يعزر عليه فأولى أن يفرق بينهما من أن يعاقب عليه بعقوبة الحد التي تدرأ بالشبهات وفضلاً عن ذلك فإن التعريض والكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ^(١) .

والأصل عند الشافعي أن لا حد إلا في القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح أما إذا لم ينو بما قاله من تعريض أو كناية القذف لم يجب الحد سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفاً من غير نية ^(٢) .

ويرى مالك الحد في القذف بالتعريض أو الكناية إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف ولكنه يستثنى من ذلك الأب فإذا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ - ١٩١ - المفتي ج ١٠ ص ٢١٣

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠

عرض الأب بولده أو قذفه بالكفاية فلا حد عليه لبعده عن التهمة في قذف ولده
أما إذا صرح فعليه الحد . ويعتبر مالك الخصام من القرائن على القذف فمن قال
في خصام لآخر ما أنا بزنان فمكانه قال يازاني أو قال أما أنا فليست بلائط فمكانه
قال يلائط أو قال أما أنا فأني معروف فمكانه قال أبوك ليس بمعروف ^(١) .
وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كفاية عليه الحد وحجة
أصحاب هذا الرأي أن النص عام في عقاب القاذف فإذا ثبت القذف فقد وجب
الحد سواء كان القذف صريحاً أو تعريضاً أو كفاية وأن هذا هو قضاء عمر
فقد شاور عمر الصحابة غيمن قال لصاحبه ما أنا بزنان ولا أمي بزانية فقالوا قد
مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه وجلده الحد . ومن المشهور عن عمر
أنه كان يجلد الحد في التعريض ، وأنه قضاء عثمان . وروى الأثرم أن عثمان جلد
رجلاً قال لآخر يا ابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه ، والوذر قدر اللحم يعرض به
بقذف الرجال . ولأن الأصل أن السكينة مع القرينة الصادقة إلى أحد محتملاتها
كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى . ويرد هذا الفريق على القائلين بأن النبي
صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على التعريض بأن العقاب في القذف معاق على الشكوى
من المَقْدَرَف ، وأن النبي لم يعاقب من عرض بزوجه لأنها لم تتقدم بالشكوى ^(٢)
ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفي
لعقابه أن يصادق عليها ، فمن قال لآخر أمك زانية فقال ناك صدقت كان
كلامها قاذفاً .

وإذا قال رجل لآخر أشهد أنك زان أو أنك تنسب لنفیر أهلك ، فقال
ثالث وأنا أشهد بمثل ما شهدت به كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد ^(٣)
ولا يفي القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جامداً لقذف وجهه إليه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١

(٢) شرح فتح القدیر ج ٤ ص ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٣

(٣) شرح فتح القدیر ج ٤ ص ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٥

المقذوف ، فمن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت ، فإنهما يحدان ولا يسقط الحد بتبادل القذف ولا بتكافؤ السيئات ^(١) .

ولكن القاذف يعفى من الحد إذا صدقه المقذوف ، فمن قال لأجنبية عنه أنت زانية فقالت بك زانيت فلا حد عليه وعليها حدان ، حد الزنا لاعترافها به وحد القذف لقذفها الرجل بالزنا . أما إذا صدر هذا القول من الرجل لزوجته فلا حد على أحدهما : لا حد على الرجل لأنها صدقته ، ولا حد عليها لأنه يجوز أن تكون زانية حقيقة ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفي الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ولأنه يجوز أن يكون معناه ماوطئني غيرك فإن كان ذلك زنا فقد زنت ، فهذه الاحتمالات معناها الشبهة في مؤدى قولها ولا حد مع شبهة ^(٢) .

وإذا استعمل القاذف أفعال التفضيل في القذف فقال مثلاً أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فعليه الحد عند مالك وأحد ^(٣) .

أما في مذهب أبي حنيفة فيرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر وحجتهم أن أفعال يستعمل في الترجيح للعلم فكأنه قال أنت أعلم منى بالزنا وحجة الفريق الأول أن استعمال أفعال التفضيل قذف لأن معناه أن فلانا زان وأنت أزنى منه وأن في الناس زناة وأنت أزنى منهم ^(٤) .

ويرى الشافعى أنه إذا قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفاً من غير نية لأن لفظة أفعال لا تستعمل إلا في أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية .

وما ثبت أن فلانا زان ولأن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم ، وإن قال

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٧

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - شرح الزرقانى ج ٨

ص ٩١ - المفهى ج ١٠ ص ٢١٥ ، ٢١٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - المفهى ج ١٠ ص ٢١٦

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢١١

فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه ^(١).

وإذا قال القاذف لشخص أنت أزنى من فلان فهو قاذف لهذا الشخص واسكن هل يكون قاذفاً لفلان أيضاً؟ ... فيه وجهان : أولهما : يكون قاذفاً له لأنه أشاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر فإن لفظة أفعّل للتفضيل فيه تنفي اشتراك الاثنين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، ثانيهما : يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعّل قد تستعمل المنفرد بالفعل كقول الله تعالى ﴿ أفن يهدي إلى الحق أحق أن يتبع أم من لا يهدي إلا أن يهدي ﴾ وقال تعالى ﴿ فأى الفريقين أحق بالأمن ﴾ وقوله على لسان لوط ﴿ هؤلاء بناتى هن أطهر لكم ﴾ أى من أدبار الرجال ولا طهارة فى أدبار الرجال . ويلاحظ أن الشافعى يشترط لاعتبار القول قذفاً أن يريد القائل القذف وأن بعض الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة لا يمتنعون ذلك قذفاً كما ذكرنا فى الفقرة السابقة ^(٢).

وإذا استعمل القاذف فى القذف ألفاظاً مشتركة تفيد زنا وتفيد غيره كقوله زنأت فى الجبل بالهمزة ، فىرى البعض أن العبرة بما يفهمه عامة الناس من العبارة وأنه قذف لأن عامة الناس لا يفهمون من العبارة إلا أنها قذف ، وقال البعض إنه قذف إذا كان القاذف عامياً وكان المعنى العامى يستعمل فى القذف لأنه لا يريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العلم باللغة فهو ليس قذفاً ^(٣).

واستعمال صيغة المبالغة أو صيغة الترخيم لا ينفى وجوب الحد على القاذف فن قال لرجل يازانية أو قال لامرأة يازانى فهو قذف صريح وذلك هو رأى مالك والشافعى وأحمد ^(٤).

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ (٢) المفتى ج ١٠ ص ٢١٦

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٠ - المذهب ج ١٠ ص ٢٩١

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٩١ - المفتى ج ١٠ ص ٢١٧

ويرى أبو حنيفة وأصحابه حد القاذف لو قال لامرأة يازاني لأن الترخيم شائع ولا يمكن أن يفهم من هذا اللفظ إلا الرمي بالزنا، أما إذا استعمل القاذف صيغة المبالغة فقال للرجل يازانية فلاحد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإنما عليه التعزير لأنه رماه بما يستحيل منه إذ الزانية هي المرأة وهي محل للوطء والرجل ليس محلاً له ، ويرى محمد من أصحاب أبي حنيفة حد القاذف بصيغة المبالغة لأن التاء في الزانية أضيفت للمبالغة وليست للتأنيث^(١).

وإذا رمى القاذف رجلاً بالزنا وعين المزمى بها كأن قال زينت بفلانة فهو قاذف للرجل والمرأة معاً أو قال له يازاني ابن الزاني وكان الأب موجوداً فهو قاذف للأب وابنه أو قال لامرأة يارانية بنت الزانية فهو قاذف للمراتين^(٢).

ويشترط في القذف أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولاً فلا حد على القاذف ، فمن قال لجماعة ليس فيكم زان إلا واحداً أو قال لرجلين أحدهما زان لم يحد لأن المقذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المقذوف^(٣).

ويجب أن يكون القذف مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت معين ، فإن كان كذلك فلا حد فيه لأن ذكر الشرط والوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال فمن قال لآخر إن دخلت هذه الدار فأنت زان فدخلها فلا يعتبر قاذفاً . ومن قال لآخرين من قال عني كذا وكذا فهو زان فقال رجل أنا قلت ذلك فلا حد ، ومن قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس الشهر ، فجاء الغد أو رأس الشهر فلا حد عليه .

ولا يعتبر نقل القذف قذفاً من الناقل إذا نقله للمقذوف كلف بذلك أم لم يكلف به ، بشرط أن يثبت أنه ناقل وأن تكون الصيغة دالة على أنه مكلف

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٠ - بدائع الصنائع ص ٤٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ - المغني ج ١٠ ص ٢٢٥

بالنقل أو أنه يروى عن غيره ، فمن قال لآخر اذهب إلى فلان فقل له يا زاني فذهب الآخر وقال ذلك للمقذوف فلا حد عليه أما إذا اقتصر على عبارة القذف فقط فهو قاذف . ويرى كل من أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن الناقل لا يعتبر قاذفاً ولو كذبه المنقول عنه ، ولكن مالك وبعض أصحاب أحمد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل^(١) .

وإذا رمى القاذف بالزنا خصياً أو مجبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد وحجته أن نص القذف عام يتطابق على كل قذف وكل مقذوف فيستوى أن يكون المقذوف قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه لأن إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه الكثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد ، ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعي أن لا حد على قاذف أحد هؤلاء مادامت الواقعة المقذوف بها تالية للعجز عن الوطء لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفي العار ولأن امتناع الحد لا يمنع من تعزيز القاذف لأنه آذى المقذوف^(٢) .

ويشترط أبو حنيفة لحد القاذف أن يكون القذف في دار الإسلام فإن كان القذف في دار الحرب أو في دار البني فلا حد على القاذف لأنه لا ولاية للإمام على دار الحرب ولا على دار البني وقت القذف^(٣) .

ولكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع في دار الحرب أو دار البني مادام أنه يلتزم أحكام الإسلام .

ومن نفي شخصاً عن أبيه كان قال له لست لأبيك فإنه يحد باتفاق ولكن أبا حنيفة يشترط أن تكون أم المنفى نسبه حرة مسلمة لأن القذف في الحقيقة قذف للآم ويفرق بين ما إذا كان المنفى في حالة الغضب فيوجب الحد وبين ما إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ - المنفى ج ١٠ ص ٢١٦

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ - المنفى ج ١٠

ص ٢٠٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٤

كان النفي في غير حالة الغضب فلا يوجب الحد لاحتمال أن يكون المراد بالنفي غير حقيقة كأن يكون المقصود المعاينة على عدم التشبه بالأب في محاسن أخلاقه وعلى هذا يتوقف الحد وعدمه على القرينة ، وهذا يتفق مع رأى بعض الشافعية أما البعض الآخر فهم يرون مع مالك وأحمد الحد سواء نفي النسب في غضب أو غيره ، ويرى أبو حنيفة أيضاً أن من نفي نسب شخص عن جده فقال لست ابن فلان لجده ، فلا حد عليه لأنه صادق في كلامه ، ولأن الإنسان ليس ابن جده . وكذلك إذا نسب شخصاً لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلا منهم يسمى أباً ، فالعم يسمى أبا لقوله تعالى ﴿ وإله آباءك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ وإسماعيل كان عمّاً له ، والخال أب ولأن زوج الأم أب للتربية^(١) . ولكن مالكا يرى الحد في كل هذه الحالات^(٢)

ولا يشترط الشافعي وأحمد هذا الشرط ، ويحد القاذف عندهما ولو لم تكن الأم حرة أو مسلمة وقد توقف مالك في حالة ما إذا كانت الأم كافرة أو أمة ورأى ابن القاسم أن يحد من ينفي النسب ولو كانت الأم كافرة أو أمة^(٣) أما من ينفي شخصاً عن أمه فلا حد عليه بالإجماع لأنه لم يقذف أحداً بالزنا^(٤) ومن نفي شخصاً عن قبيلته فعليه الحد عند مالك وأحمد ولا حد عليه عند أبي حنيفة^(٥) وفي مذهب الشافعي قولان ومن نفي شخصاً عن جنسه بأن قال له أنت نبطي أو رومي أو لست عربياً فعليه الحد عند مالك ولا حد عليه عند أبي حنيفة وفي مذهب الشافعي وأحمد قولان : أحدهما عليه الحد لأنه أراد نفي نسبه لأن الله تعالى علق الحد على الرمي بالزنا ، والثاني لا حد عليه لأنه يحتمل غير القذف احتمالاً كثيراً^(٦) أما إذا كان النفي جنسه غير عربي فلا حد عليه .

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، ٢٠٠ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١ ، ٣٠٠

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢١٥ المذهب ج ٢ ص ٢٩١ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣

مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ (٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٥) شرح فتح القدير ص ١٩٩ المغني ج ١٠ ص ٢١٥

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٥

وإذا قذف الملاعنة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ويفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد فن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد أما من قذف ملاعنة بولد فلا حد عليه سواء كان الولد حياً أو ميتاً وقت القذف^(٢) .

ومن قذف شخصاً بالزنا فحد لقذفه ثم قذفه ثانية بذلك الزنا فلا يحد بالقذف الثاني وإنما عليه التعزير عند الشافعي وأحمد لأن نفي العار عن المَقْذُوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول .

ولأن أبا بكره شهد على المغيرة بالزنا فجلبه عمر رضى الله عنه ثم أعاد القذف فأراد أن يجلبه ثانية فقال له على إن كنت تريد أن تجلبه فأرجم صاحبك فترك عمر رضى الله عنه جلدَه ومعنى عبارة على أنك إن أردت أن تجلبه ثانية فقد جعلت شهادته شهادتين وإذا كانت شهادته شهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم لأن أبا بكره ومن معه حدوا لنقص عدد الشهود واحداً^(٣) أما مالك فيرى أن يحد مرة ثانية إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول^(٤) .

الركن الثاني

إحصان المَقْذُوف

٥٦٣ — يشترط في المَقْذُوف أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة والأصل في شرط الإحصان قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ وقوله ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ والمقصود

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٢٥ - المذهب ص ٢٩٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٣

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٣٤ - المذهب ج ٢ ص ٩٢٣

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨

بالإحصان في الآية الأولى العفة عن الزنا على رأى^(١) والحرية على رأى^(٢).
ومعنى الإحصان في الآية الثانية الحرية فالحصنات معناها الحرائر والمافلات
معناها العفاف والمؤمنات معناها المسلمات وقد استدل الفقهاء من النصين على
أن الإيمان أى الإسلام والحرية والعفة عن الزنا شروط في الإحصان .

وقد ورد لفظ الحصنات في القرآن بمعان متعددة فوردت بمعنى العفاف على
حسب ما بينا وجاءت بمعنى المتزوجات كقوله تعالى ﴿ والحصنات من النساء
إلا ما ملكت أيما نكح ﴾ وقوله ﴿ محصنات غير مسافحات ﴾ .

وجاءت بمعنى الحرائر في قوله تعالى ﴿ من لم يستطع منكم طولا أن ينكح
الحصنات المؤمنات ﴾ وفي قوله ﴿ والحصنات من المؤمنات والحصنات من الذين
أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ وقوله ﴿ فعليه نصف ما على الحصنات من
العذاب ﴾ وجاءت بمعنى إسلام في قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن ﴾ .

ويعتبر الشخص محصناً إذا كان بالغاً عاقلاً حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا ، والبلوغ
والعقل شرطان عامان يجب توفرهما في الجاني في كل جريمة ولا يجب توفرهما أصلاً
في المجنى عليه والكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً في المقتوف وهو
المجنى عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد وعلة اشتراط البلوغ والعقل في
المقتوف أنه يرمى بالزنا وهو جريمة لاتقع إلا من بالغ عاقل ولأن زنا الصبي
والجنون لا يجب فيه الحد ولكن الفقهاء مع هذا يختلفون في شرط البلوغ فيرى
أحمد في رواية أن البلوغ شرط في الإحصان لأنه أحد شرطى التكليف فأشبهه
العقل ولأن زنا الصبي لا يوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به ويرى أحمد في
رواية أخرى أن البلوغ ليس شرطاً في الإحصان مادام المقتوف عاقلاً عفيفاً
يتعير بالقذف ومادام القذف يمكن صدقه أى من الممكن أن يأتي المقتوف
الواقعة التي قذف فيها فيستطيع الوطاء إن كان ذكراً ويطبق الوطاء إن كان
أنثى فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقتوف كبيراً يجمع مثله ولو لم يكن

بالغا ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات وللجارية بتسع^(١).
ولا يشترط مالک البلوغ في الأنثى ولكنه يشترطه في الغلام ويعتبر الصبية
محصنة إذا كانت تطيق الوطأ أو كان مثلها يوطأ ولو لم يتباغ فعلا^(٢) لأن الحد
جعل لنفي العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان
البلوغ من المذدوف ذكرأ كان أم أنثى^(٣).

ومن المتفق عليه أن يكون المذدوف مسلما رجلا كان أو امرأة ولكنهم
اختلفوا في حالة نفي النسب إذا كانت أم المنفى نسبه رقيقاً أو غير مسلمة لأن
نفي النسب عن ولدها المسلم ليس إلا رميا لها بالزنا فاشترط أبو حنيفة في حالة
نفي النسب أن تكون الأم مسلمة وأن تكون حرة فإن لم تكن كذلك فلا
حد على القاذف^(٤).

وفي مذهب مالک لا يشترط في أم المنفى نسبه أن تكون مسلمة أو حرة
ويجب عندهم الحد على القاذف ولو كانت أم المنفى نسبه كافرة أو أمة^(٥) وهو
رأى ابن القاسم أما مالک فقد تواف في هذه المسألة ورأى الشافعي وأحمد يتفق
مع ما قال به ابن القاسم في مذهب مالک^(٦).

ومعنى العفة عن الزنا عند أبي حنيفة أن لا يكون المذدوف وطئاً في عمره
وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه
فإن كان قد قبل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجباً للحد
أم لا وإن كان وطئاً حراماً ولكنه في ملك أو في نكاح صحيح أو في
نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه فلا تسقط عفته فإذا وطئ مثلاً امرأة زفت
عليه غير امرأته سقطت عفته للوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح ولكنه لا يحد

(١) المنفى ج ١٠ ص ٢٠٢ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ ، ٣٠٠

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ .

(٦) المنفى ج ١٠ ص ٢١٥ .

على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل أما إذا وطئ زوجته النفساء أو الحائض أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها لم تسقط عنه لقيام الزكاح حقيقة ولو أن الوطء في ذاته محرم^(١).

والعفة عند مالك هي سلامة المقدوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا^(٢) وعلى هذا يشترط في المقدوف لاعتباره عفيفاً أن لا يكون قد وطئ وطئاً يوجب حد الزنا وأن لا يكون قد ثبت عليه حد الزنا فإن كان قد فعل شيئاً من هذا أو ثبت عليه حد الزنا فهو غير عفيف . وإن كان قد وطئ وطئاً محرماً لا حد فيه فهو عفيف .

ومعنى العفة عند الشافعي هي سلامة المقدوف قبل القذف وبعده عن فعل ما يوجب حد الزنا عليه فإن أتى ما يوجب حد الزنا فهو غير عفيف . أما إن وطئ في غير ملك وطئاً محرماً لا يجب به الحد كمن وطئ امرأة ظنها زوجته أو وطئ في نكاح مختلف في صحته ففيه وجهان أحدهما : أنه وطئ محرم لم يصادف ملكاً فيسقط العفة والإحصان كالزنا ، وثانيهما : أنه وطئ لا يجب به الحد فلا يسقط العفة والإحصان كما لو وطئ زوجته وهي حائض^(٣).

ولا يشترط أحد العفة المطلقة كما يشترطها أبو حنيفة ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطها مالك والشافعي وإنما يكفي بالعفة الظاهرة عن الزنا فمن لم يثبت عليه الزنا بينة أو إقرار ومن لم يحمد للزنا فهو عفيف وإن كان تائباً من زنا أو ملاءمة^(٤).

ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعي أن يكون الإحصان متوفراً قبل القذف وبعده حتى تنفذ العقوبة فمن قذف محصناً فلا حد عليه إذا ارتكب المحصن قبل تنفيذ الحكم ما يجعله مثلاً غير عفيف وإنما على القاذف التعزير . ولكن أحد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠

(٣) للذهب ج ٢ ص ٢٩٠ (٤) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٠

يرى عليه الحد لأن الإحصان لا يشترط إلا وقت القذف ولا يشترط بعده^(١) وحجة الأئمة الثلاثة أن شروط الإحصان تعتبر إلى حالة إقامة الحد بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقيم عليه الحد ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه . أما أحد فيرى أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شروط الوجوب وأن القول باستدامة الشروط قول غير صحيح لأن هذه الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب فقط . أما إذا جن من وجب له الحد فإن الحد لا يسقط وإنما يتأخر استيفاءه لتعذر المطالبة فأشبهه ما لو غاب من له الحد ، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة^(٢) .

وإذا تخلف شرط من شروط الإحصان في الملقذوف فلا حد على القاذف وإنما عليه التعزير إذا عجز عن إثبات القذف ، فمن قذف مجنوناً أو كافراً أو رقيقاً فعليه التعزير .

الركن الثالث

القصد الجنائي

٥٦٤ - يعتبر القصد الجنائي متوفراً كلما رمى القاذف الجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن مارماه به غير صحيح . ويعتبر علماً بعدم صحة مارماه به مادام قد عجز عن إثبات صحته ، ويعتبر العجز عن صحة القذف قرينة لا قبل الدليل على علمه بعدم صحة القذف ، فليس له أن يدعى أنه بنى اعتقاده على صحة القذف على أسباب مقبولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يقذف الجنى عليه أن يكون الدليل المثبت للقذف حاضراً في يده ، وهذا هو ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم لهلal بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحمار « ايت

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ . المغني ج ١٠ ص ٢١٩ . شرح فتح القدير ج ٤

ص ٢٠٤ وما بعدها (٢) المغني ج ١ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

بأربعة يشهدون على صدق مقاتلتك وإلا أخذ في ظهرك » مع أن هلال شهد واقعة الزنا بنفسه ولم يخلصه من الحد إلا نزول حكم اللعان وهذا هو ما يدل عليه نص القرآن الصريح في قوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ .

ولعل هذا هو الذي جعل جمهور الفقهاء يقولون بعدم شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة ، وإذا كان البعض لا يرى حدم فإنه لا يرى حدم إذا جاءوا بحجج الشهود أى إذا تقدموا للشهادة خشية لله دون دافع شخصي فأما إن جاءوا بحجج القذفة فلا خلاف في حدم ولا يشترط بعد ما تقدم أن يقصد القاذف الإضرار بالجنى عليه ولا عبرة بالبواعث التي حملته على القذف .

هل تشترط العلانية في القذف ؟

٥٦٥ - لا تشترط الشريعة الإسلامية العلانية في القذف كما تشترطها القوانين الوضعية ومن ثم تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف الجنى عليه في محل عام أو محل خاص على مشهد من الناس أو فيما بينهما فقط .

وأساس عدم اهتمام الشريعة بالعلانية أنها تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف فقيمه أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس ، وحرصه على كرامته في السر يجب أن لا يقل عن حرصه على كرامته في العلانية ، والشريعة توجب على المرء أن يكون سره كعلنه وتعيب أناساً بأنهم يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبنى بغير الحق وتدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه ولهذا فهي لا تميز بين جريمة ارتكبت في السر وأخرى في العلانية لأن الجريمة في الشريعة محرمة لذاتها لا لظروفها فن ارتكب جريمة في السر لم يشهدا أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية على ملأ من الناس .

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تميز بين أفعال القذف التي ارتكبت علنا وأفعال القذف التي ارتكبت في غير علانية ، وتعاقب على الأولى دون الثانية ، فهي تعاقب إذا عاقبت لأن القذف في الغالب سمعه فريق من الناس ولا تعاقب في غير العلانية لأن القذف لم يصل إلى أسماع الكثيرين من الناس . وهكذا تزن القوانين كرامة الإنسان بميزانين وتجعل له قيمتين ، فتحافظ على كرامته وقيمه إذا مست وانتقصت قيمته أمام الناس وتهدر كرامته وقيمه إذا مست وانتقصت دون أن يشتهر ذلك بين الناس وهكذا تفرض القوانين الوضعية على الناس حياة الرياء والنفاق وتصرفهم عن الجوهر وتغريهم وتجعل منهم أشخاصا لا كرامة لهم ولا عزة فيهم وتعلمهم أن يستحلوا لأنفسهم ما يشاءون في الخفاء وأن يتظاهروا بالبراء والطهارة وأن لا يفضبوا لكراماتهم ولا يشوروا إذا مست في الخفاء وأن يتظاهروا بالفضب إذا مست في علانية ، والمبدأ الذي أخذت به القوانين الوضعية في العلانية متمم لمبدأ عدم جواز إثبات القذف وكلاهما أساسه فرض حياة الرياء والنفاق على الناس لأن معنى عدم جواز الإثبات هو أن يعاقب الصادق والكاذب على السواء وأن لا يستطيع إنسان أن يقول الحق ويصف الناس والأشياء وصف حق إلا إذا عرض نفسه للعقاب ، فإذا لم يرد أن يكون عرضة للعقاب وجب عليه أن يعيش كاذبا لا يقول الحق ولا يعرف الصراحة .

ومبدأ الشريعة في عدم اشتراط العلانية متمم لمبدأ جواز إثبات القذف ، كلاهما أساسه فرض الحياة الفاضلة على الجمهور وأخذه بالاستقامة والاعتزاز بالكرامة ، وشتان بين توجيه الشريعة وتوجيه القانون ، فالشريعة تعاقب على الجريمة لذاتها لا لظروفها، بينما القانون يعاقب على ظروف الجريمة ولا يهتم بذات الجريمة. والشريعة لا تحمي الفاسقين المفسدين من السنة الصادقين المصلحين بينما تحمي البراء الغافلين من السنة الكاذبين المدعين . أما القانون فيتكفل بحماية

الفاسقين المفسدين ولو تبين فسقهم وفسادهم ويعاقب الصادقين المصلحين ولو ثبت صدقهم وصلاحهم ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبراءة الغافلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون ، لأن عقاب الكاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدي إلى منع المذدوف من إثبات براءته فيعاقب القلاف لمجرد القذف سواء كان صحيحاً أم كاذباً ويبقى المذدوف البرى موقد لصقت به الغيبة لا يستطيع منها فكاً كالأخلاص .

المبحث الثاني

في دعوى القذف

٥٦٦ - يشترط في إقامة دعوى القذف مخاصمة المذدوف أى أن يتقدم المذدوف بشكواه فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يحز أن تقام الدعوى على أساس شكوى الغير ؛ كذلك لو تقدم الشهود بشهاداتهم حسبة لله لم تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى لا تقوم إلا بشكوى المذدوف .

ومن المسلم به بين للفقهاء أن القذف حد من حدود الله ، والقاعدة العامة في الشريعة أن خصومة المجنى عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بمحد من الحدود ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة العامة حد القذف ويوجبون في إقامة دعوى القذف خصومة المجنى عليه ناظرين إلى أن الجريمة وإن كانت حداً إلا أنها تمس المذدوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالاً وثيقاً ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبتته أصبح المذدوف مسؤولاً عن جريمة الزنا كلما رمى بهذه الجريمة ووجبت عليه عقوبتها ، ولهذا النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المذدوف . .

٥٦٧ - من يملك الخصومة . . ؟ يملك المذدوف وحده حق الخصومة

في دعوى القذف إن كان حياً ، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمذدوف ولو كان في القذف مساس به اللهم إلا إذا كان القذف يعتبر قذفاً

مباشراً له ، فإذا قذف شخص بأنه زنى بامرأة معينة اعتبر الرجل والمرأة مقذوفين وكان لكل منهما حق الخصومة في دعوى القذف ولكن ليس لغيرهما أن يحرك الدعوى فليس لزوج المرأة أو ولدها أو أحد أبويها أن يحرك دعوى القذف ولو أن القذف يمسه لأن القذف لم يمسه إلا عن طريق المرأة المقذوفة وهي صاحبة الحق في الخصومة وليس لأبناء الرجل أو أبويه أو زوجته حق الخصومة في دعوى القذف لنفس السبب .

وإذا حرك المقذوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل في الدعوى سقطت الدعوى بموته في رأى أبى حنيفة ، لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد ليس مالا ولا بمنزله فلا يورث^(١) .

ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة في الدعوى محل المقذوف . فإذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى .

وفي مذهب مالك يرون في حالة موت المقذوف دون وارث أن للمقذوف أن يوصى بشخص بأن يقوم مقامه في الدعوى فإذا أوصى على هذا الوجه حل الوصى محله في الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف^(٢) .

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق الخصامة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصباته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف^(٣) لأن سكوته عن الشكوى يعنى أنه لا يريد لها أو أنه عفا عن القاذف .

وإذا كان المقذوف ميتاً فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى من يملك حق الخصامة فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعى كما قدمنا ولكم اختلافوا فبين يملك حق الخصامة في هذه الحالة فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروء

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢

(٢) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

(٣١ - التفسير الجنائى الإسلامى ٢)

الذكور يملكون حق الخاصمة وأن أجداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق الخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات^(١) ويرى أبو حنيفة أن الخصومة يملكها ولد المقذوف الميت ذكرًا كان أم أنثى وابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا، ووالده وإن علا . ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضاً ولا يرى محمد ذلك^(٢) . ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث ، وفي مذهب الشافعي رأى أن الخصومة لجميع الورثة إلا من يرث بالزوجة ورأى آخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم^(٣) .

ويعلل الفقهاء إعطاء الورثة حق الخاصمة في قذف الميت بأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف والميت ليس محلاً لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً إليه بل إلى أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت ، ولما كان أهل الميت يتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفاً لأجزائه فكان القذف واقعاً على أهل الميت من حيث المعنى ولذلك تثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم . أما إذا كان المقذوف حياً وقت القذف فقد أضيف إليه القذف وقت أن كان محلاً قابلاً للقذف صورة ومعنى فلحق العار به وانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة^(٤) .

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق الخاصمة إلى الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف ، فالبعض يرى أنه يلحق كل الورثة والبعض رأى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجة والبعض رأى أنه لا يلحق إلا العصبات ، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف نفياً لنسبه . .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٩٢

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٣٠

ولكن الفقهاء مع هذا متفقون على أن من له حق الخاصية يستطيع أن يخاصم
دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت أى
أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١).
وإذا كان الفقهاء يملكون الخاصية بأنهم يدفع العار عن الخاص من أصول الميت
أو فروعه أو ورثته أو عصباته وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فعنى
ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ودفع العار عنهم
لا عنه خصوصاً وأن القذف يتمدى دائماً المقذوف إلى غيره . إذ القذف
فى الشريعة معناه رمى المقذوف بالزنا أو نفى النسب عنه ، فالمقذوف إذا رمى
بالزنا تعداه القذف إلى غيره . ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل
تقدير إلى أولادها ، والمقذوف إذا قذف بما ينفى نسبه تعداه القذف إلى أصوله
وفروعه وورثته .

٥٦٨ - بين الشريعة والقانونه : - رأى السائد فى القوانين الوضعية
اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات ومن ثم فقذف الميت لاعتقاب
عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه
فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما
هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى
شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات الجنى عليه سقط
بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف
وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه
الشريعة . فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله ، فإذا

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ١٩٥ - النقى ج ١٠ ص ٢٠٩

أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى في حالة مساس الغذف بهم لأن القوانين لا تقصر الغذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره ، ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً في القوانين لا يمس ورثة المقتوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنا للمقتوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ومن ثم يمكن القول أن القوانين تجيز دائماً دون قيد للورثة المقتوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف .

أما تعليق الدعوى على شكوى المقتوف فقد رأينا بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لاتعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف

٥٦٩ - هل مر القذف من لله أم من للعبيد . ؟؟ - يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى وحقوق للأدميين ، ويعتبرون الحق لله كلما كان خالصاً لله أو كان حق الله فيه غالباً ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصاً للعبد أو كان حق العبد غالباً فيه .

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وأما حقوق الأدميين فتنشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم .

وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة وتعتبر العقوبة في الشريعة حقاً لله تعالى كلما استوجبته المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم فكل جريمة يرجع فسادها للعامة ويعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرّة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن

الكثيرين منهم يرون بحق أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا وأوامره ويحتملوا نواهيه ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد فإن هذا القول لا يعتبر صحيحاً على إطلاقه وإنما يصح إذا غلبنا حق العبيد في الأمور الدنيوية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد

وقد ينشأ الحتمان معان الجريمة الواحدة كما هو الحال في جريمة السرقة فإنه ينشأ عنها حق لله تعالى أى حق للجماعة في عقاب الجانى وحق للمجنى عليه في استرداد ماله المسروق أو أخذ مقابله .

وقد ينشأ عن الجريمة حق واحد فقط كما هو الحال في جريمة الردة فإنه لا ينشأ عنها إلا حق واحد هو حق الجماعة في عقاب الجانى .

والأصل في الشريعة أن فض العقوبة واستيفائها حق لله تعالى ولكن استيفاء بعض العقوبات جعلت استثناء حقاً للأفراد وهى عقوبات جرائم الاعتداء على حياتهم وأجسامهم أى القتل والجرح والضرب فقد جعلت الشريعة استيفاء عقوبة القصاص وعقوبة الدية حقاً للأفراد ولهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها ، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والجرم وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات من حق الأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى .

ومن المتفق عليه أن جريمة القذف فيها حقان: حق لله تعالى وحق للمقذوف ولكن الفقهاء يختلفون على أى الحقين هو الأقوى ، فأبو حنيفة يوجب حق الله على حق العبد ويحمل الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبعض الحنفية يرى أن

حق القذف متعلق بحقوق الآدميين وحقوق الله وأن الحق الغالب فيه هو حق الآدميين^(١).

والشافعي وأحمد يغلبان حق العبد على حق الله ويجعلان الجريمة متعلقة بحقوق الآدميين ، ومالك يغلب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى ، فالجريمة عنده متعلقة بحقوق الآدميين قبل الشكوى ومتعلقة بحقوق الله تعالى بعد الشكوى .

ويغلب الشافعي وأحمد حق العبد لأن العبد في حاجة إلى حقه أكثر من حاجة الجماعة إلى حقه ، ويغلب أبو حنيفة حق الجماعة على حق العبد لأن ذلك يؤدي إلى حفظ حق الجماعة وحق العبد معاً بينما تغليب حق العبد يؤدي إلى إهدار حق الجماعة^(٢).

ولأن ولي الأمر يعتبر نائباً عن الأفراد ونائباً عن الجماعة فيستطيع أن يقوم على حق الجماعة وحق الفرد إذا غلب حقه لا يمثل إلا نفسه فلا يستطيع أن يرفع حق الجماعة ، أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتباره أن حق الجماعة لا يبدأ في الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق إلا حق الآدمي أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة ، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين^(٣).

٥٧٠ — ويترتب على الاختلاف في تغليب أحد الحقين على الآخر نتائج كثيرة أهمها :

١ — أن تغليب حق الآدميين على حقوق الله يؤدي إلى القول بأن الحقوق الناشئة للمقذوف عن جريمة القذف تورث لأن الإرث يجري في حقوق العباد ، بينما القائلون بتغليب حق الله على حق الآدمي لا يرون الإرث في حق الخاصة ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

إذ الحد وإن كان مقررًا لمصلحة الآدمي إلا أنه حق لله . والآدمي يرث الآدمي فيما كان مالا أو متصلا بالمال وحق الخاصمة ليس شيئًا من هذا^(١) .

٢ - العفو : فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبي حنيفة رأى أن المذدوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوّه باطلا^(٢) لأن الحد حق من حقوق الله فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعي وأحمد رأى أن المذدوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المذدوفين وكانت الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المذدوفين ، فإذا عفا البعض دون البعض وجب الحد لمن لم يعفو ولم يسقط بعفو من عفا^(٣) .

ولمالك آراء متعددة في العفو أولها : أن العفو يصح إلى ما قبل التبليغ فإذا لم يعف المذدوف وبلغ الحادث فلا عفو بعدها - وثانيها : أن العفو يصح إلى ما قبل سماع الشهود ، فإن أدى الشهود شهادتهم فلا عفو بعدها . ثالثها : أن العفو جائز قبل التبليغ وبعده كلما قصد المذدوف من العفو أن يسر على نفسه^(٣) .

والقائلون بالعفو يجيرون أن يكون العفو صريحا أو ضميا ويرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المذدوف في الشكوى بالعفو ..

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٠٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

المبحث الثالث

في الأدلة على القذف

يثبت القذف بالطرق الآتية :

١٧٥ - أولاً : شهادة الشهود : ويشترط في شهود القذف ما يشترط في شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والمعدلة والإسلام وانعدام القرابة وانعدام العداوة وانعدام التهمة ، كذلك يشترط في شهود القذف المذكورة والأصالة وقد تكلمنا عن هذه الشروط جميعاً بمناسبة الكلام على الشهادة في الزنا .

عمر الشهود : فيما يختص بإثبات التهمة يكفي لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط . أما فيما يختص بنفي التهمة فللמתهم بالقذف أن يتبع إحدى الطرق الآتية :

الأولى : أن ينكر واقعة القذف ثم يستشهد على عدم حصول القذف بمن شاء من الرجال أو النساء دون التقييد بعدد معين .

الثانية : - أن يدعى أن المَقْذوف اعترف بصحة القذف ويكفي لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين^(١) .

الثالثة : أن يعترف بالقذف ويبدى استعداداً لإثبات صحة القذف وفي هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المَقْذوف بها بأربعة شهود يشترط فيهم ما يشترط في شهود إثبات جريمة الزنا على أن لا يكون القاذف أحدهم لأنه لا يعتبر شاهداً .

الرابعة : إذا كان زوجاً فاعترف بالقذف فله أن يلاعن الزوجة و يرى أبو حنيفة أن للقاذف أن يثبت صحة القذف بأربعة شهود غيره ، فإن شهدوا بصحة القذف فلا يحمد المَقْذوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زنا متقدم^(٢)

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠

لأن الأصل عنده أن الشهادة لا تقبل عند التقادم ولكنها قبلت هنا لإسقاط الحد عن القاذف وليس لإيجاب الحد على المَقْذُوف . ويخالف أبا حنيفة في هذا الأئمة الثلاثة ويرون حد المَقْذُوف حد الزنا إذا ثبت لزنا عليه ولو كان متقادماً لأنهم لا يعترفون بالتقادم « إلا على رأى لأحمد كما ذكرناه » .

ويرى أبو حنيفة أن لا أثر للتقادم على القذف لأن الدعوى في القذف شرط فلا يمكن التقدم بالشهادة حسبة ولا تقبل مثل هذه الشهادة قبل الدعوى ، ومادامت الدعوى تأخرت لأسباب خاصة بالمَقْذُوف فليس من هذا ما يدعو إلى اتهام الشهود ، وليس فيه ما يفيد معنى الضمينة والتهمة كما هو الحال في الزنا والشرب مثلاً إذ الدعوى في هاتين الجريمتين ليست شرطاً^(١) .

ويشترط في الشهادة اتحاد المجلس ولا يقبل في القذف كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة^(٢) .

٥٧٢ - ثانياً - الإقرار : يثبت القذف بإقرار القاذف أنه قذف المجنى

عليه ، ولا يشترط المدد في الإقرار فيكتفى أن يقر مرة واحدة في مجلس القضاء^(٣) .

ويرى أبو حنيفة جواز الشهادة على الإقرار في القذف إذا حدث في غير مجلس القضاء لأن إنكار الإقرار بالقذف لا قيمة له ولا يعتبر رجوعاً عن الإقرار^(٤) ولأن الرجوع عن الإقرار في القذف لا أثر له على الحد لأن حد القذف حق العبد من وجه ، وحق العبد لا يحتمل السقوط بالرجوع بعد ثبوته كما هو الحال في القصاص^(٥) ولا يقبل الرجوع عند أحد^(٦) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

ويصح الإقرار في القذف ولو مع السكر كما هو الحال في الخصومة المالية لأن
للعبء حق في القذف^(١).

ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أن للقاضي أن يقضى بعلمه في القذف
على أن يكون العلم في زمان القضاء ومكانه ، ولكنهم اختلفوا على جواز القضاء
بعلمه إذا كان العلم في غير زمان القضاء أو مكانه^(٢).

٥٧٣ - ثالثاً - اليمين: يثبت القذف عند الشافعي باليمين إذا لم يكن لدى
المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف
في حقه بالنكول .

ويرى الشافعي أيضاً أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم يكن لدى القاذف
بينة على صحة القذف ، فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً
ودرى الحد عن القاذف ، ولا يرى الشافعي الاستحلاف في شيء من الحدود
إلا في القذف فقط لأنه حق العبد ولأن الرجوع عن الإقرار في القذف باطل
ولأن النكول عن اليمين بمثابة الإقرار . أما في الحدود الأخرى فلا يرى
الاستحلاف فيها لأنها حق الله من ناحية ولأن الرجوع عن الإقرار فيها صحيح^(٣)
وفي مذهب أبي حنيفة يرى بعضهم الاستحلاف ولا يراه البعض الآخر فمن
قال بالاستحلاف اعتبر ما في القذف من حق العبد على أن القائلين بالاستحلاف
اختلفوا فمنهم من رأى القضاء بالحد بالنكول ومنهم من رأى القضاء بالتعزير
عند النكول بدلاً من الحد ، ومن قال بعدم الحلف اعتبر حق الله سبحانه وتعالى
وأنه هو الحق الغالب فألحقه بسائر حقوق الله تعالى الخالصة وهي لا يقضى بها
باليمين ولا بالنكول^(٤).

ولا يرى مالك وأحمد جواز الإثبات باليمين في القذف فليس للقاذف أو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٢ ، ٤٠٤ راجع الوجيز

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

المقذوف أن يستحلف الآخر^(١) .

ولأحد رأى قديم بجواز القضاء بالنكول في القذف ، ولكن للذهب أنه لا يقضى بالنكول في غير المال وما يقصد به المال^(٢) .

المبحث الرابع

عقوبة القذف

٥٧٤ - للقذف عقوبتان : الأولى أصلية وهي الجلد . والثانية تبعية وهي

عدم قبول الشهادة .

والأصل في العقوبتين قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾

عقوبة الجلد : عقوبة الجلد مقدارها ثمانون جلدة وهي لا تقبل استبدالاً ولا إنقاصاً وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أما المقذوف فله الحق في العفو عنها على رأى البعض وليس العفو على رأى البعض الآخر كما بينا من قبل .

عدم قبول الشهادة : من المتفق عليه أن القاذف يجب عليه مع الحد سقوط شهادته لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ .

وقد اختلفوا في سقوط الشهادة مع التوبة فرأى أبو حنيفة أن شهادة القاذف تسقط وإن تاب ، ورأى مالك والشافعي وأحمد أن القذف تقبل شهادته إن تاب وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تفسير قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ فمن رأى أن الاستثناء يعود إلى أقرب مذكور في قوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا ﴾ قال التوبة ترفع الفسق ولا تؤثر على عدم قبول

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩١ - تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

(٢) المغني ج ٢٢ ص ١٢٦ .

الشهادة ، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعاً قال النوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة .

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لا تسقط إلا بالحد أما الشافعي وأحمد فيـهـ قطان شهادة القاذف بثبوت المصية عليه أي بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يحذف^(١) .

٥٧٥ - نمر العقوبات : إذا تعددت العقوبات فيما أن تكون كلها عن جرائم قذف وإما أن تكون عن جرائم قذف وجرائم أخرى وفي الحالتين تتداخل العقوبات على الوجه الآتي :

٥٧٦ - تراضل عقوبات القذف : اختلف في تداخل عقوبات القذف فرأى مالك وأبو حنيفة أن عقوبات القذف تتداخل إلى وقت تنفيذها فمن قذف غير مرة فخذ فهو لذلك كله سواء قذف فرداً واحداً أو أفراداً وسواء كان القذف بكلمة أو بكلمات من يوم واحد أو أيام مختلفة وسواء اتحدت عبارات القذف أم اختلفت طلب بعضهم الحد أم كلهم فإذا أقيم الحد فقذف أحداً بعد ذلك حد له من جديد .

وإذا كان مالك وأبو حنيفة قد اتفقا في هذا فإنهما اختلفا فيما إذا قذف أحداً أثناء تنفيذ العقوبة فرأى مالك أن القذف إذا كان بعد تنفيذ أكثر الحد كل الحد الأول ووجب للقذف الثاني حد كامل وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد ووجب للقذف الجديد حد جديد وتداخل في الحد الجديد ما بقى من الحد الأول أو بمعنى آخر لم يضرب للقذف الجديد إلا بقدر ما استوفى من الحد الأول وظاهر مما سبق أن مالك لا يرى التداخل بعد بدء التنفيذ إذا كان قد نفذ أكثر الحد ويرى التداخل بقدر ما بقى من الحد إذا كان قد نفذ أقله أما أبو حنيفة فيرى التداخل مادام لم يتم التنفيذ ولو كان الباقي من الحد سوط واحد فلو ضرب

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٦ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٦٥ - بداية المجتهد

ج ٢ ص ٣٧٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٨ - المعنى ج ١٢ ص ٧٤ .

القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل^(١).

ويرى الشافعي أنه إذا قذف شخصاً واحداً عدة مرات قبل أن يحذف فإن العقوبات تتداخل ويجرى عنها جميعاً حد واحد إذا كان القذف بزناً واحداً وكذلك الحكم على الرأي الراجح ولو قذفه كل مرة بزناً آخر لأن العقوبات كلها من جنس واحد لمستحق واحد فتتداخل كما لو زنى ثم زنى ، أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه تعدد الحد بتعدد وقائع القذف لأن القذف من حقوق الآدميين ولا تتداخل فيها .

وإذا قذف جماعة فوجه لكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لكل واحد منهم حد ولا تتداخل مهما تعددت الحدود وإن قذفهم بكلمة واحدة فيه قولان ، قال في القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال في الجديد يجب لكل واحد منهم حد لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو انفرد بقذف كل واحد منهم وهذا هو الرأي المعمول به في المذهب .

وإذا كانت كلمة عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين كما لو قذف زوجته برجل ولم يلاعن فيرى البعض أن على القاذف حدين لأنه قذف شخصين ويرى البعض أن على القاذف حداً واحداً لأن القذف يزنا واحد .

أما إذا كانت عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين وكان القذف بأكثر من زنا واحد فلا خلاف في أن على القاذف حدين ، كما لو قال لزوجته يا زانية بفت الزانية .

وإن وجب عليه حد لاثنتين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحنا قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معاً وتشاحنا أقرع بينهما .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨ ، ٩٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٣ .

وإن وجب حدان فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهراً من الحد الأول لأن الموالاة بين الحدين تؤدي إلى التلف^(١).

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصاً مرات فلم يحد فحد واحد سواء قذفه بزناً واحداً أو بزنيات .. وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود في هذه الحالة مهما تعددت لأنها من حقوق الأدميين .

وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا ، أو واحد منهم «وهناك رواية عن أحمد أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل» وإذا طالبوا الحد جملة حد لهم فإن طلبه أحدهم أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البذل فأيهم طالب به استوفاه وسقط باستيفائه فلم يكن لغيره أن يطالب به وإن أسقطه أحدهم كان لغيره أن يطالب به ويستوفيه .

وروى عن أحمد رواية أخرى أنهم إذا طلبوه دفعة واحدة فحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه لم ينفذ حتى طلبه الكل فحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه بجميعهم وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلا يستقط حق الباقيين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل يا ابن الزانية فهو قاذف لما بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وإن قال يا زاني ابن الزاني فهو قاذف لهما بكلمتين فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد وكذلك لو قال يا زاني ابن الزانية وكانت أمه على قيد الحياة وإن كانت ميتة فالقذفان جميعاً له وإن قال زنت بفلاة فهو قاذف لهما بكلمة واحدة^(٢).

٥٧٧ - هل تترافل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى ؟

يرى مالك أن حد القذف يتداخل مع حد الشرب لاتحاد الموجب أي أن

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣١ ، ٣٣٤ .

موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم على أحدهما سقط عنه الآخر ولو لم يقصد عند إقامته الحد إلا واحدا فقط ثم ثبت أنه شرب أو قذف فإنه يكفي بما ضرب له عما ثبت وكذلك الحكم لو سرق لأول مرة وقطع يمين آخر فإن الحدين يتداخلان لانحد الموجب (١).

ولا يرى الأئمة الثلاثة ما يراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب وفيما عدا ما سبق فإن من التفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت القتل سواء كان القتل حقا لله كرجم الزاني المحصن أو حقا للمبد كالقصاص فحد القذف ينفذ مع القتل ومع غيره ويقدم على القتل لأنه فيه حق الآدمي وحقوق الآدميين لا يتسامح فيها كما يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد ولأن حد القذف جعل لدفع العار فلا يجبه القتل لئلا يقال للمقذوف مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية (٢).

كيفية تنفيذ العقوبة :- راجع ما كتب عن الجلد في الزنا وما كتب خاصة عن القذف .

٥٧٨ - مقتطات العقوبة :- ١ - رجوع الشهود عن شهادتهم

٢ - تصديق المقذوف للقاذف ٣ - تكذيب المجنى عليه لشهوده وهذا عند أبي حنيفة خاصة - ويرى مالك أنه إذا كذب شهوده قبل سماعهم لم تسمع شهادتهم فإذا كذبهم بعد الشهادة لم يلتفت لقوله ٤ - بطلان أهلية الشهود قبل التنفيذ وهو شرط خاص بأبي حنيفة لأن القاعدة عنده أن الإمضاء من القضاء .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - شرح فتح القدير ج ٤

ص ٢٠٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٢١ وما بعدها

الكتاب الثالث

في

الشرب

٥٧٩ - حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريمًا قاطعًا لأنها تعتبر الخمر أم الخبائث وتراها مضيعة للنفس والعقل والصحة والمال . وقد حرصت الشريعة على أن تبين للناس من أول يوم أن منافع الخمر مهما يقال في منافعها ضئيلة لا تتعادل مع أضرارها الجسيمة وذلك قوله تعالى ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ .

ولقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر من ثلاثة عشر قرنًا ووضع التحريم موضع التنفيذ من يوم نزول النصوص المحرمة وظل العالم الإسلامي يحرم الخمر حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن العشرين حيث بدأت البلاد الإسلامية تطبق القوانين الوضعية وتعطل الشريعة الإسلامية فأصبحت الخمر مباحة لشاربيها كما هو الحال في مصر ولا عقاب على شربها أو السكر منها اللهم إلا إذا وجد شاربيها في حالة سكر بين في محل عام فإن كان السكر بينا وكان السكر في محل خاص فلا عقاب عليه أى أن العقوبة التي يقررها القانون المصري ليست على شرب الخمر ولا على السكر وإنما على وجود السكران في محل عام .

وفي الوقت الذي يستبيح فيه المسلمون الخمر بالرغم من تحريم الإسلام لها تنتشر الدعوة إلى تحريم الخمر في كل البلاد غير الإسلامية فلا تجد بلدًا ليس فيه جماعة أو جماعات تدعو إلى تحريم الخمر وتبين بكل الوسائل أضرارها العظيمة التي تعود على شاربيها بصفة خاصة وعلى الشعوب بصفة عامة ،

وقد اندفعت هذه الجماعات إلى المناداة بتحريم الخمر بعد ما أثبتته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضعف الجسم والمقل بصفة عامة ويؤدي إلى الجنون في كثير من الأحوال كما يؤدي إلى العقم فإذا لم يؤدي إلى العقم فإنه يؤدي إلى قلة النسل والمحطاطه من الناحيتين الجسمانية والعقلية وكذلك ثبت أن شرب الخمر يؤدي إلى ضعف الإنتاج وهذا الذي أثبتته العلم الحديث يؤيد تأييداً مطلقاً نظرية الشريعة الإسلامية .

وقد ترتب على الدعوة القوية لتحريم الخمر أن ابتدأت الدول غير الإسلامية تضع فكرة تحريم الخمر موضع التنفيذ من القرن الحاسو . فالولايات المتحدة الاميريكية أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً وقد أصدرت الهند من سنتين قانوناً مماثلاً ، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر أما كثر الدول فقد استجابت لدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار أو أيام معينة من العام ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنّاً معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم غير الإسلامي أصبح اليوم مهيباً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليفاً وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها ويستدساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعاضيد ؛ وأن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم غير الإسلامي قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يستجيب .

ولقد كان هذا حريفاً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يفتون في نومهم عاجزين عن الشعور بما حولهم ، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم وسيأتي قريباً اليوم الذي يصبح فيه تحريم الخمر عاماً في كل الدول فتمم معجزة الشريعة الإسلامية (٣٣ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

ويحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدي أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ - النصوص الخاصة بالحرمة : الأصل في التحريم القرآن والسنة

على أن نصوص القرآن لم تحرم الخمر دفعة واحدة بل جاء التحريم تدريجياً وأول نصوص التحريم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ثم جاء القرآن بعد ذلك بتأنيدهم شاربها في قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ ثم نزل التحريم القاطع في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ .

أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » عن ابن عمر ، وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » عن جابر ، وعن عائشة قوله « كل مسكر حرام وما أسكر منه الغرف فله الكف منه حرام » وعن عبد الله بن عمر « لعن الله الخمر وشاربها وساقها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه ، وقوله « من شرب الخمر فأجلده » .

٥٨١ - معنى الشرب عند الفقهاء : اختلف الفقهاء في تحديد معنى الشرب

فهو عند مالك والشافعي وأحمد شرب المسكر سواء سمي خمر أم لم يسم خمرأً وسواء كان عصيراً للعنب أو لأي مادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشعير والأرز وسواء أسكر قليله أو أسكر كثيره^(١) .

أما أبو حنيفة فالشرب عنده قاصر على شرب الخمر فقط سواء كان ما شرب كثيراً أو قليلاً والخمر عنده اسم لما يأتي :

(١) ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وعند أبي يوسف ومحمد ماء

العنب إذا غلا واشتد فقد صار خمرأً قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٢) ماء العنب إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً (٣) قيع البلح والزبيب

(١) - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١ ص ٣٢٦

إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على رأى أبى حنيفة أو إذا غلا واشتد ولو لم يقذف بالزبد على رأى أبى يوسف ومحمد ويستوى أن يكون البلح رطباً أو بساً أو تمراً . وماعدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمرًا عند أبى حنيفة فمصير السب إذا طبخ فذهب ثلثاه وتقع البلح والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه وبليذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من اللواد قبيحاً كان أو مطبوخاً كل ذلك لا يعتبر خمرًا وشربه سلال إلا ما بلغ السكر فإذا أسكر فلا يعاقب على شربه وإنما يعاقب على السكر منه وحجة أبى حنيفة في هذا الرأى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أشار إلى النخلة والكرمة وقال « الخمر من هاتين الشجرتين » وما روى عنه من قوله « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »^(١) .

فأبو حنيفة إذن يفرق بين الخمر والمسكر ويحرم شرب الخمر قليلاً كان أو كثيراً أما ماعدا الخمر من اللواد المسكرة فيسميه مسكراً لا خمرًا والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السكر منه لأن المسكر ليس حراماً في ذاته وإنما الحرام هو الكمية الأخيرة منه التي تؤدي للسكر فلو شرب شخص ثلاثة أقداح ولم يسكر ثم شرب الرابع فسكر فالخمر هو القدر الرابع .

ولقد أدت التفرقة بين الخمر والمسكر إلى أن يفرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر وأن يقول بأن الحد حدان : حد الشرب وهو قاصر على شرب الخمر سواء سكر الشارب أم لم يسكر ، قل ما شربه أو أكثر . وحد السكر وهو لمن يسكر فعلاً من أى شراب مسكر غير الخمر فإذا شرب منه ولم يسكر فلا عقاب عليه . . أما باقى الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سقى خمرًا أو سقى باسم آخر وسواء سكر الشارب أم لم يسكر مادام أن الكثير من الشراب يسكر لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيره فقليله حرام .

ورأى الأئمة الثلاثة هو الرأى المتبع في العالم الإسلامى إلا أننا رأينا أن

تسكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأى الحنفيين ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر^(١) فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين على أن البعض الآخر يرى تعزير الذمى على السكر^(٢).

والقاعدة عند فقهاء الشريعة أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يحرمها تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أمرنا بتركهم وما يدينون » واسكن لما كان السكر مما تحرمه الأديان جميعاً فقد رأى بعض الفقهاء حد غير المسلم على السكر ورأى البعض تعزيره ولا خلاف في أن غير المسلم يعزر على التظاهر بالشرب ولو لم يسكر ولو أن الشرب مباح له . على أنه ليس في قواعد الشريعة ما يمنع من تطبيق حد الشرب على غير المسلمين إذا تبين أن السماح لهم بشرب الخمر يؤدي إلى الفساد الاجتماعي ولاشك أن عدم تحريم الشرب عليهم يؤدي هذا إلى الفساد لأن السماح لهم بالشرب يقتضى وجود الخمر في البلاد ويشجع المسلمين على شرب الخمر وهذا وحده يؤدي إلى هدم قواعد التحريم وإذا كانت الدول المسيحية والبوذية تحرم الخمر على رعاياها مسيحيين وبوذيين ومسلمين فأولى بالدول الإسلامية أن تحرم الخمر على رعاياها أي كانت ديانتهم ومذاهبهم .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

المبحث الأول في أركان الجريمة

الجريمة الشرب ركبان : الأول : الشرب . الثاني : القصد الجنائي

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ — يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعي وأحمد كلما شرب الجاني شيئاً مسكراً ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها فيستوى أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البلح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أى مادة أخرى ، كذلك لا عبرة بقوة الإسكار في المشروب فإسكركثيره قليله حرام ولو كان لا يؤدي فعلاً للإسكار فإذا كان المشروب لا يسكر منه الإنسان عادة إلا إذا شرب عشرة أقداح أو أكثر ، فالقدح الواحد محرم ولو أنه لا يسكر فعلاً وبعض القدح محرم كذلك فيتوفر ركن الشرب بشرب القليل أو الكثير ما دام الكثير من المشروب يؤدي إلى الإسكار فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدي للإسكار فهو غير محرم^(١)

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبي حنيفة إلا إذا كان المشروب خراً وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده فإن لم يكن المشروب خراً لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكراً ولو أدى للإسكار فعلاً^(٢) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المفتي ج ١٠

ص ٣٢٨ .

(٢) بدائم الصنائع ج ٥ ص ١١٢ ، ١١٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ وما بعدها

ومن المتفق عليه أنه لا يشترط اتوفر ركن الشرب أن يؤدي الشرب للسكر فيكفي لقيام الجريمة بمجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدي الكمية التي شربت للسكر لأن الشرب محرم لعينه^(١).

ولا عقاب إذا لم يكن المشروب مسكراً أصلاً ولو شرب على أنه مسكر وإن كان الشارب يأثم فيما بينه وبين ربه.

ويشترط أن تكون المادة المسكرة مشروباً فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها وإنما فيها التعزير كالخشيش والداتورة^(٢).

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب، فخلط السكر بالطعام أو عجنه به^(٣).

وتعتبر المادة مسكرة ولو خلطت بماء ما دامت مميزاتها محفوظة من رائحة ولون وطعم وتأثير فإن خلطت بماء حتى زالت كل مميزاتها زوالاً تاماً فلا يعتبر الخليط مسكراً وإنما هو ماء عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(٤).

والراجح في مذهب مالك تحريم الخلوط ولو استهلك فيه السكر^(٥).

ويكفي لاعتبار الجاني شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كان متمضمض به ثم بجه فلا يعتبر شارباً^(٦). ويشترط المالكية والحنفية أن تصل الحمر إلى الجوف عن طريق الفم فإن وصلت عن غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلاً درى الحد للشبهة على أن

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١٠ ص ٣٢٨.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - جاهلية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - المغني ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤.

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤ (٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ - المغني ج ١٠ ص ٣٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢.

درء الحد لا يمنع من التعزير^(١) . . وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء أحدها
كرأى المالكية والثاني يحد ولو لم تصل الخمر للجوف عن طريق الفم كما لو استعط
أو احتقن والثالث يحد في السعوط دون الحقنة^(٢) . .

وفي مذهب أحمد رأيان : إن ما وصل عن طريق الخلق فيه الحد كالشرب
والاستعط ، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه والرأى الثاني يوجب
الحد في الحالين^(٣) .

ويعتبر شاربا من شرب الخمر أو المسكر لدفع العطش وهو يستطيع استعمال
الماء ، ولكن من يشرب مضطرا لدفع غصته لا حد عليه للاضطراب لقوله تعالى
﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ وكذلك حكم من أكره على
الشرب سواء كان الإكراه ماديا أو أدبيا لقول النبي عليه الصلاة والسلام « عني
لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، واختلف فيمن شرب لدفع عطش
مهلك فذهب أبى حنيفة وهو يتفق مع الرأى الراجح في مذهب مالك والشافعي
أن لا حد على الشارب^(٤) .

أما أحمد فيفرق بين ما إذا شربها الشارب صرفا أو ممزوجة بشيء يسير
لا يروى من العطش ففي هذه الحالة على الشارب الحد ، أما إذا شربها ممزوجة
بما يروى من العطش أبيض الشرب لدفع الضرورة^(٥) .

وفي التداوى بالخمر خلاف ، فالرأى الراجح في مذهب مالك والشافعي أن
التداوى بالخمر فيه الحد إذا شربها المريض أما إذا استعملها لطلاع جسمه فلا حد
لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تداوى بالخمر فلا شفاء الله »

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٤٠

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١

(٣) المفتي ج ١٠ ص ٣٢٩

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٤

نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢

(٥) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ - المفتي ج ١٠ ص ٢٣٠

« إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها » ^(١) . ويرى أبو حنيفة إباحة الشرب للتداوى ، أما أحمد فيحرمه ويرى في الشرب للتداوى الحد ^(٢) .

السكر

٥٨٣ - لا وجود لحد السكر إلا إذا كان الشرب مباحاً والسكر هو المحرم كما هو الحال عند غير المسلمين أو كما يقول أبو حنيفة وأصحابه في غير الخمر ، فإن كان الشرب غير مباح فالحد حد الشرب لا حد السكر ولو أدى الشرب إلى السكر فعلا .

فالسكر إذاً درجة تأتي بعد الشرب وهي نتيجة له ولذلك يجب أن تتوفر في جريمة السكر أركان جريمة الشرب وأن يؤدي الشرب بعد ذلك إلى السكر ، فإن لم يؤد للسكر فلا حد على الشرب ولا على السكر ولو قصد الجاني أن يشرب ليسكر .

ويحد الجاني على السكر إذا شرب المادة المسكرة وهو عالم بأن كثيرها مسكر ولو شرب منها قليلاً مادام أن الشرب قد أدى فعلاً للسكر ، ويحد كذلك ولو لم يقصد من الشرب السكر مادام قد سكر وذلك أخذاً بقصده الاحتمالي إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسكر ^(٣) واختلف في بيان السكر المستوجب للحد فرأى أبو حنيفة أن السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ^(٤) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ^(٥) فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ورأيهما يتفق مع رأى بقية الأئمة ^(٦) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢ - أسنى المطالب ص ١٩٥

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٣٣٠ (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨

(٦) المفتى ج ١٠ ص ٣٣٥

(٥) النساء : ٣٤

الركن الثاني القصد الجنائي

٥٨٤ — يتوفر القصد الجنائي عند الفاعل كلما أقدم على الشرب عالمًا أنه يشرب خمرًا أو مسكرًا فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلا. كذلك لا حد إذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر ولا عقاب على الفاعل في هذه الحالة ولو تبين أن الشرب كان نتيجة لخطأ جسم أو لعدم الاحتياط لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل . .

ويعتبر القصد الجنائي غير متوفر إذا كان الجاني يجهل تحريم الشرب ، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر ولكن لا يقبل الجهل بمن نشأ في بلاد المسلمين لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه ، أما من نشأ في بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب ، ويرى مالك جواز الاحتجاج بجهل العقوبة ^(١) .

ويقبل الادعاء بجهل التحريم لكن لا يقبل منه الادعاء بجهل العقوبة ^(٢) .

عقوبة الشرب

٥٨٥ — يعاقب على الشرب بالجلد ثمانين جلدة عند مالك وأبي حنيفة وهو رواية عن أحمد ويرى الشافعي وقوله رواية أخرى عن أحمد أن الحد أربعون جلدة فقط ولكن لا بأس عنده من ضرب الحدود ثمانين جلدة إذا رأى الإمام ذلك . فيكون الحد أربعين وما زاد عليه تعزير ، ويعاقب على السكر عند أبي حنيفة بنفس عقوبة الشرب ، فالحد عنده مقرر للسكر والشرب معاً .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣ - نهاية المحتاج ج ٨

ص ١٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - المغني ج ١٠ ص ٣٣١ - الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧

وسبب اختلاف الفقهاء في مقدار الحد أن القرآن لم يحدد العقوبة وأن الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة على رأى في حد الخمر ، فالقرآن وإن كان قد حرم الخمر كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعين لالخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير واسكنه لم يزد عن أربعين وجاء أبو بكر وضرب في الخمر أربعين وروى عن أبي بكر أنه سأل أصحاب الرسول كم بلغ ضربه لشرب الخمر فقدره بأربعين وروى عن أبي سعيد الخدري وعن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين . فلما جاء زمن عمر رضي الله عنه تخير أمر الناس على شرب الخمر فاستشار عمر الصحابة في حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ، اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام ، وروى أن علياً رضي الله عنه قال : في المشورة نرى أن نجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكره وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري وعلى المغترى ثمانون . وقد روى عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاش أنه قال شهدت عثمان رضي الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيأها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده ، وعلى يعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى

كذلك روى عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولومات ودينه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا .

فمن رأى من الفقهاء أن حد الخمر ثمانون اعتبر أن الصحابة أجمعوا على هذا والإجماع مصدر من المصادر التشريعية ومن رأى أن الحد أربعون احتج بما فعله علي من جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة وقوله جلد النبي أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى ويرى أصحاب هذا الرأي

أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة لا يجوز تركه بفعل غيره وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبى بكر وعلى ويحملون الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز إذا رآه الإمام^(١) .

والأصل في الحدود أنها لا تقبل عضواً ولا صلحاً ولا إسقاطاً إذا كانت من حقوق الله الخالصة ، ولما كان حد الشرب من حقوق الله الخالصة فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه أو العفو عنه ، على أننا إذا اعتبرنا رأى الشاخصي في أن الحد أربعون جلدة فقط وأن ما زاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة للمعتبة تعزيراً كلياً أو بعضها لأن الشريعة تجعل لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة عن العقوبة في جرائم التعزير . أما الجزء المعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه .

ومن المتفق عليه أن العقوبة لا تنفذ على السكران حتى يفيق لأن العقوبة جعلت للتأديب والزجر والسكران لا يشعر تماماً بما يحدث له^(٢) .

ويرى البعض أنه إذا جلد قبل الإفاقة أجراً واعتدبه ويرى البعض أن يعاد الحد ولا يقيد بالتنفيذ الحادث وقت السكر ، ويفرق البعض بين ما إذا كان عنده ميز أم لا ، فإن كان عنده ميز وقت الجلد اعتد بالجلد ولو كان قبل صحوه وأما إن كان طافحاً أعيد عليه الحد وإن لم يحس في أوله وأحس في أثنائه حسب له من أول إحساسه بالضرب^(٣) .

٥٨٦ - التماثل : إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم في إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم بها ما دامت

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - المغنى ج ١٠ ص ٣٣٥

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠

كلها قد وقعت قبل تنفيذ إحدى العقوبات واكتفى فيها بتنفيذ عقوبة واحدة فإذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة وجبت لها عقوبة خاصة .

والتداخل يكون من ثلاثة وجوه : أولاً : - تتداخل عقوبات الشرب كما تتداخل عقوبات السكر المتعدد إلى الوقت الذى تنفذ فيه إحداها . ثانياً : تتداخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب ، فلو سكر ذى ثم أسلم قبل تنفيذ العقوبة وشرب تداخل حد السكر مع حد الشرب وكذلك الحال عند الحنفية فإن حد السكر يتداخل مع حد الشرب فلو سكر شخص ثم شرب قبل تنفيذ عقوبة السكر اكتفى بتنفيذ عقوبة واحدة . . ثالثاً : يتداخل حد الشرب مع حد القتل سواء كان القتل من حدود الله أو حقاً لآدمي كما لو شرب وزنا وهو محصن أو شرب وقتل شخصاً فلا تنفذ إلا عقوبة القتل التى تجب عقوبة الشرب لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة في تنفيذ مادون القتل ، وإذا انعدمت الفائدة التى شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع وهذا هو رأى مالك وأبي حنيفة وأحمد^(١) .

أما الشافعي فيرى أن عقوبة القتل لا تجب مادونها ويجب تنفيذ العقوبات كلها فمثلاً إذا شرب شخص وسرق وزنا وهو محصن جلد للشرب وقطع للسرقة ثم قتل بعد ذلك^(٢) .

ولا يتداخل حد الشرب عند أبي حنيفة وأحمد مع أى عقوبة أخرى إلا مع عقوبة القتل ولسكن مالكا يرى أن حد الشرب يتداخل مع القذف لأن موجبها واحد والقاعدة عنده تتداخل الحدود كلما انحلت موجباتها^(٣) .

٥٨٧ - كيفية تنفيذ الجلد : - ينفذ الحد على الوجه الذى سبق ذكره

في تنفيذ الجلد في الزنا ويرى البعض أن الحدود في الخمر لا يجرد من ملابسه لأن

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٦٣ - المفتي ج ١٠ ص ٣٢١ وما بعدها .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨

حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهارا للتخفيف ولكن
الرأى الراجح هو أن لا فرق في التنفيذ بين حد الخمر وغيره وأن الشارع أظهر
التخفيف في نقصان عدد الجلدات^(١).

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود لله من أجناس مختلفة آخر حد الشرب
عنها جميعا لأنه ثابت بما لا يتلى^(٢). وهو رأى أبى حنيفة ولكن البعض يرى
تقديم حد الشرب على غيره على أنه إذا تأخر فليس للتأخير أثر ما وقع الموقع^(٣)
وهذا هو رأى الشافعى وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف أما مالك
فيستوى عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولى الأمر أن يبدأ بأيهما أراد^(٤).

المبحث الثانى

الأدلة على الشرب

٥٨٨ - أولا : شهادة الشهود : يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود

ويشترط أن لا يقل عدد الشهود عن رجلين تتوفر فيهما شروط الشهادة التى سبق
ذكرها بمناسبة الكلام عن الزنا

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة أى
رائحة الخمر أو المسكر ، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ولا يشترط أن
توجد الرائحة فعلا وقت التحقيق ويكفى أن يشهد بها الشاهدان فيجوز أن يشهد
الشاهدان بالشرب أو السكر فيشم المحقق رائحة الخمر أو المسكر ويجوز أن
يشهد الشهود على الشرب أو على السكر وعلى وجود الرائحة وقت أخذ الجانى
أما محمد فلا يشترط وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر ، وحجة أبى

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩

(٣) الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٨ أسنى الطالب ج ٤ ص ١٥٧

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٤٨

حنيفة وأبي يوسف أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة وأن ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة ولا إجماع إلا برأيه^(١).

ويشترط أبو حنيفة وأصحابه لقبول الشهادة عدم التقادم أى مضى زمن على وقوع الجريمة وقد تسكنا عن التقادم عن الكلام على الزنا ولكن أبا حنيفة وأبا يوسف يجعلان مدة التقادم فى الشرب والسكر مقدرة بزوال الرائحة فإذا سكنت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة ، فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها . .

ولكن محمدا يقدر مدة التقادم بشهر^(٢) « على أنه من المسلم به لدى الجميع أنه لا تقادم إذا أخذ الشهود الجاني وريحها توجد فيه أو سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به إلى الإمام فى مكان بعيد فانقطع الريح قبل أن ينتهوا به لأن التأخير ليس أساسه سكوت الشهود على الجريمة وإنما يرجع أبعد المسافة فلا تهمة فى هذا التأخير وما يؤثر فى ذلك أن قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمل إلى المدينة فأقام عليه الحد ولا شك أن الرائحة كانت قد زالت عندما وصل الشهود إلى المدينة ولكن التقادم لم يعتبر لأن التأخر كان بحدز وهو بعد المسافة عن الإمام^(٣) .

ولا يسلّم بقية الأئمة بنظرية أبى حنيفة فى عدم قبول الشهادة بالتقادم وإن كان هناك رأى لأحمد يتفق مع رأى أبى حنيفة ولكنه غير معمول به فى المذهب وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام على الزنا . .

٥٨٩ - نائياً . . إقرار : - تثبت الجريمة بإقرار الجاني ويكفى فى

الإقرار مرة واحدة فى المذاهب الأربعة وإن كان أبو يوسف يرى أن كل إقرار يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود^(٤) . . ويسرى على

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ .

الإقرار هنا ما يسرى على الإقرار في الزنا . وإذا أقر الجاني وهو سكران فحكم بإقراره (يراجع ما كتب في القتل عن إقرار السكران) .

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لا يكون الإقرار قد تقدم ، فإذا كان قد تقدم لم يقبل من المقر ، وحده التقدم عندهما هو ذهاب الرائحة ، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره ولكن محمداً لا يرى بطلان الإقرار بالتقدم لأن عدم القبول للتقدم سببه التهمة والإنسان لا يتهم على نفسه فإذا أقر أخذ بإقراره مهما مضى على الحادث^(١) .

٥٩٠ : الرائحة : يرى مالك أن الرائحة وحدها تعتبر دليلاً على الشرب ولو لم يشهد أحد برؤية الجاني وهو يشرب ، فإن شهد شخصان بقيام الرائحة في فم الشارب أو شهد أحدهما برؤيته يشرب وشهد الثاني بأنه شم من فيه رائحة الخمر فعلى الجاني الحد وهذا الرأي رواية عن أحمد . ولكن أبا حنيفة والشافعي ورأيهما الرواية الراجحة لأحمد إريان أن الرائحة لا تعتبر وحدها دليلاً على الشرب ، ويرى أبو حنيفة كما قدمنا أن الرائحة يجب أن يثبت وجودها مع الشهادة بالشرب وهو يخالف في هذا الشافعي وأحمد والقائلون بالحد بالرائحة يحتجون بأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد فيه رائحة الخمر وبما روى عن عمر أنه قال إني وجدت من عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلاق قال عمر إني سألت عنه فإن كان مسكراً جلدته ويحتجون بأن الرائحة تدل على الشرب فجري مجرى الإقرار أما الذين لا يقبلون الرائحة دليلاً فيرون أن الرائحة يجوز أن تكون من غير الشرب فيحتمل أنه تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها أو أكل نباتاً أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات^(٢) .

٥٩١ - السكر : يعتبر أبو حنيفة وجود الشخص في حالة سكر دليلاً

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٠ ، ١٨١

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢ - شرح الزرقاني ص ١١٣ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤

على أنه سكر من غير الخمر فإذا شهد اثنان على شخص بأنهما وجداه في حالة سكر ووجدت فيه رائحة المسكر عند هذا الشخص أو شهد الشاهدان بأنهما اشتما رائحة المسكر وجب عليه حد السكر ^(١) .. ولا يرى الشافعي في السكر دليلاً على الشرب لاختمال أنه احتقن أو استعط أو أنه شربها لعذر من غلط أو إكراه ^(٢) ورأى الشافعي رواية في مذهب أحمد ^(٣) .

وإذا كان مالك يرى الحد لمجرد الرائحة كما يراه أحمد في أحد رأيه فإن الحد يجب عندها لوجود الشخص في حالة سكر من باب أولى لأن السكر لا يكون إلا بعد الشرب ^(٤) .

٥٩٢ - القىء : لا يعتبر القىء وحده دليلاً عند أبي حنيفة لكن إذا ثبت من القىء وجود رائحة الخمر وكان الجاني قد أخذ في حالة سكر أو شهد عليه شاهدان بالشرب فإن الجريمة تثبت عليه لأن أبا حنيفة كما ذكرنا يشترط مع الشرب ومع السكر الرائحة ^(٥) .

أما الشافعي فلا يرى القىء دليلاً على الشرب لما سبق ذكره وهذا رأى لأحمد . أما مالك وهو يوجب الحد بالرائحة كما يوجبها أحمد في أحد رأيه فيجب أن يكون القىء عندهما دليلاً يثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقياً إلا بعد الشرب . ومن ثبت الحد بالقىء يحتج بما حدث في محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخفي على قدامة فقال أشهد أني رأيته يتقبؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها وضر به الحد .

أما ما حدث في محاكمة الوليد بن عقبة فقد شهد عليه رجلان فشهد أحدهما أنه رآه يشربها ، وشهد آخر أنه رآه يتقبؤها فقال عثمان إنه لم يتقبأها حتى شربها وكان ذلك كله بحضور من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً ^(٦) أما من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ (٣) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ ، ١٨٤

(٦) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢

لا يرى القىء دليلاً على الشرب فيرى أن هذا من سر وعثمان اجتهد وليس فيه إجماع^(١) .

٥٩٣ - هل يقضى القاضى بهم ؟ : وليس للقاضى أن يقضى بملءه فى الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجانى مادام ذلك فى غير مجلس القضاء .

٥٩٤ - امتناع التنفيذ : يتمتع التنفيذ كلما سقطت العقوبة ، وهى تسقط بما يأتى :

- ١ - الرجوع عن الإقرار إذا لم يكن دليل إلا هو .
- ٢ - رجوع الشهود عن شهادتهم إذا لم يكن دليل إلا الشهادة .
- ٣ - بطلان أهلية الشهود للشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ وهو شرط أبى حنيفة خاصة .

* * *

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ .

المكتاب الرابع

السرقه

٥٩٥ - أنواع السرقة : - السرقة في الشريعة الإسلامية نوعان :

(١) سرقة عقوبتها حد . (٢) سرقة عقوبتها التعزير . والسرقة المعاقب عليها بالحد نوعان : - أ - سرقة صغرى ، ب - سرقة كبرى . فأما السرقة الصغرى فهي أخذ مال الغير خفية أى على سبيل الاستخفاء ^(١) . . أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمى السرقة الكبرى حراة وسنفصل القول فيها فيما بعد ، والفرق بين السرقة الصغرى والسرقة الكبرى هو أن السرقة الصغرى يؤخذ فيها المال دون علم الجنى عليه ودون رضاه ولا بد لوجود السرقة الصغرى من توفر هذين الشرطين معاً فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة صغرى ، فمن سرق من دار متاعاً على مشهد من صاحب الدار دون استعمال القوة والمغالبة لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله اختلاساً ومن خطف مالا من آخر لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله خطفاً أو نهبا ، والاختلاس والفصب والنهب كلها صور من صور السرقة ولكن لا أحد فيها ، ومن أخذ متاعاً من دار برضاء صاحبها وفي غير حضوره لا يعتبر سارقاً . أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعم الجنى عليه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - الروض النضر ج ٤ ص ٢٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ أسقى الطالب ج ١٤ ص ١٣٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٣٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ المحل ج ١١ ص ٣٣٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة . فإن لم تكن مغالبة فالفعل اختلاس أو غصب أو نهب مادام الرضاء غير متوفر .

٥٩٦ - السرقة المعاقب عليها بالتعزير : - هي نوعان : - أولهما يدخل

فيه كل سرقة ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها أو درىء فيها الحد للشبهة كأخذ مال الابن وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة في الأصل صغرى أو كبرى . . وثانيهما : هو أخذ مال الغير دون استخفاء أى يعلم الجنى عليه وبدون رضاه وبغير مغالبة ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب مثل أن يأخذ السارق ملابس آخر خلصها ووضعها بجواره ثم يهرب بها على مرأى من الجنى عليه ، ومثل أن يخطف شخص من آخر ورقة مالية كان يمسكها بين أصابعه . وهذا النوع من السرقة لاحد فيه أى لا قطع فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع على نباح ولا منتهب ولا خائن » ولا تخرج السرقات في الشريعة الإسلامية عن هذه الأنواع الأربعة ويطلق الفقهاء عادة لفظ السرقة دون تمييز على السرقة الصغرى وإذا تكلموا عن السرقة وأحكامها فإنما يقصدون السرقة الصغرى بينما يسمون السرقة الكبرى الحراة أو قطع الطريق ، أماما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة .

والسبب الذى دعا الفقهاء إلى إطلاق لفظ السرقة على السرقة الصغرى دون

تميز أن عقوبتها قطع اليد وأن أكثر السرقات تقع على سبيل الاستخفاء أى تقع سرقة صغرى . والقاعدة العامة التى يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا يبينوا حكمها . أما الجرائم المعاقب عليها بالتعزير فلا يعنون بها تلك العناية ولا يتعرضون إلا للمهم منها ، وما يتعرضون له يكتفون ببيان أحكامه مجملة وإن كانوا قد عنوا بالتعازير عامة فيما يختص بأنواع العقوبات وحد كل عقوبة وسلطة القاضى وولى الأمر . ولعل عذر الفقهاء فى أخذهم بهذه الطريقة أن أكثر جرائم التعزير يترك لأولى الأمر تحديد الأفعال المكونة لها

والعقوبات التي تقع على مرتكبيها وأن هذه الجرائم يختلف النظر إليها باختلاف البلدان ونوع الحكومات فكان من المعقول أن لا يهتم بتفصيل أحكام الجرائم التعزيرية كما تفصل أحكام الجرائم الثابتة وهي جرائم الحدود والقصاص خصوصاً وأن فكرة تجميع الأحكام التشريعية والأفعال المحرمة في مجامع تنشر على الناس لم تكن ظهرت بعد . .

ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء حين يتكلمون على السرقة الصغرى يتناول كلامهم بالضرورة السرقة المعاقب عليها بالتعزير بنوعيتها إذ النوع الأول ليس إلا سرقة فيها الحد ، تخالف فيها شرط من شروط الحد ولأن النوع الثاني وهو ما يطلق عليه الاختلاس لا يختلف عن السرقة الصغرى إلا في بعض الشروط التي يجب توفرها في السرقة دون الاختلاس فكان الكلام على السرقة شاملاً للاختلاس فكل سرقة صغرى إذا انتفت بعض شروطها تصبح اختلاساً .

ويمكننا أن نحصر أوجه الخلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس فيما يأتي:

- ١ - عقوبة السرقة القطع وعقوبة الاختلاس التعزير .
- ٢ - الركن المادى في السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وفي الاختلاس الأخذ دون استخفاء . .

٣ - يشترط في السرقة أن يكون المسروق في حرز ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

٤ - يشترط في السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

واستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس في الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصرى في السرقات المعتبرة جنحاً وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون في بعض الحالات كما في حالة اعتبار القانون للاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال في الشريعة فإن القانون يجب اتباعه في هذه الحالة لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهي محرمة اعتبرت في تكليفها سرقة أو خيانة أمانة ولولى

الأمر سلطة كبرى في تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع .

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المصرى فيما يختص بالسرقات وجدنا أن الشريعة تعاقب على نفس الأفعال التى يعاقب عليها القانون باعتبارها سرقة، فالشريعة تعاقب على أخذ للمال خفية (السرقة الصغرى) وعلى أخذه مغالبة أى إكراه وتهديد فى الطرق العامة وغيرها (السرقة الكبرى أو الحراقة) وعلى أخذه بغير استخفاء وبغير مغالبة . (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس بعلم الحظى عليه أو بغير علمه ، أى سواء أخذ خفية أو غير خفية ، مادام ذلك دون رضاه وبغير إكراه ويعتبر القانون الأفعال التى من هذا النوع جنحاً ، كذلك يعاقب القانون على الاختلاس مغالبة أى إكراه أو تهديد فى الطرق العمومية وغيرها وتعتبر الأفعال التى من هذا النوع جنايات .

ولقد كانت القوانين الوضعية تعاقب حتى الثورة الفرنسية على اختلاس منفعه الشئ وعلى اختلاس حق حيازته ، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة كذلك كانت هذه القوانين تخلط بين السرقة والتبديد والغصب وتعتبرها جميعاً سرقة متأثرة فى ذلك بأحكام القانون الرومانى الذى أخذت عنه ، أما الشريعة الإسلامية فإنها على قدمها وقد وجدت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً لم تخلط بين سرقة الشئ والانتفاع به أو استرداد حيازته ولم تخلط بين السرقة وبين الجرائم الأخرى الواقعة على الأموال كالغصب والتبديد وسنرى عندما نستعرض الأفعال المكونة لجريمة السرقة على وجه التفصيل أنها لا تختلف شيئاً عما وصلت إليه أرقى القوانين الوضعية الحديثة ، ولست أريد من هذا أن أبين للناس مدى دقة فقه الشريعة وصفاته وإنما أريد أن أبين للناس أن القانون الوضعى حين يتطور مرة بعد مرة إنما يسير فى أثر الشريعة وبأخذ بمبادئها . وحين يقال إنه وصل إلى الكمال يكون قد أوشك

يبلغ فقط بعض ما بلقته الشريعة وأن اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية عن الشريعة قد أصبح قريباً جداً وأقرب مما يظن أكثر الناس .

المبحث الأول

في أركان السرقة

٥٩٧ - عرفنا السرقة فيما سبق بأنها أخذ مال الغير خفية . وظاهر من هذا التعريف أن أركان السرقة أربعة : (١) - الأخذ خفية . (٢) - أن يكون المأخوذ مالا . (٣) - أن يكون المال مملوكا للغير . (٤) - القصد الجنائى .

الركن الأول

الأخذ خفية

٥٩٨ - معنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه كن يسرق أمتعة شخص من داره فى غيبته أو أثناء نومه أو من يسرق حاصلات من جرن فى غيبة صاحبها أو أثناء نومه ، فإن كان الأخذ فى حضور المجنى عليه ودون معارضة فالفعل اختلاس لاسرقة ، وإن كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة .

ويجب فى الأخذ أن يكون تاماً فلا يكفى لتكوين الجريمة أن تصل يد الجاني للشيء المسروق بل لابد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط :
أولها : أن يخرج السارق الشيء المسروق من حوزة المعد لحفظه ، ثانيها : أن يخرج الشيء المسروق فى حيازة المجنى عليه ، ثالثها : أن يدخل الشيء المسروق فى حيازة السارق ، فإذا لم تتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام ، وكانت عقوبته التعزير لا القطع . فمن تسور داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء مما فى الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق

منها دابة ففك قيدها أو اعلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل جرننا ليسرق منه قمحا في غرارة مثلا فضبط وهو يملأ الغرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشيء المراد سرقته من حرزه أى الحل المعد لحفظه ومادام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة الجنى عليه ولم يدخل في حيازة الجانى ^(١) .

ويترتب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع في سرقة لم تتم فكل ما منته به اليوم شروعا في سرقة يعاقب عليه بالتميز ولا يعاقب عليه بالقطع .

ولكن أصحاب المذهب الظاهرى يوجبون القطع في الشروع كلما وضع السارق يده على الشيء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، فنأخذ وهو يجمع اللتاع من منزل الجنى عليه وقبل أن يحمله ويخرج به أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة لأن ما وقع منه يجعله سارقا ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز في السرقة ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاما بمجرد تناول الشيء المسروق بقصد سرقته ولو لم يخرج الشيء من حيازة الجنى عليه ويدخل في حيازة الجانى حيازة فعلية ونهائية ^(٢) وإن كانوا يفرقون بين السرقة والاختلاس ويرون القطع في السرقة دون الاختلاس .

وعبارة الأخذ خفية في الشريعة يقابلها لفظ الاختلاس في القوانين الوضعية ، ويشترط ليكون الاختلاس تاما في القانونين المصرى والفرنسى أن يخرج الشيء من حيازة الجنى عليه وأن يدخل في حيازة الجانى ، ومعنى هذا أن الشريعة

(١) المفنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٩ - نهاية المحتاج - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤١ وما بعدها شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧ .
(٢) المحلى ص ٣١٩ ، ٢٣٧ .

تشتط زيادة على ما تشتطه القوانين الوضعية أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه ، وهذه الزيادة شرط لا بد من توفره في كل سرقة معاقب عليها بالقطع عند أصحاب المذاهب الأربعة والشبعة الزيدية ، أما الظاهريون فلا يشترطون الإخراج من الحرز كما قدمنا بل إنهم لا يشترطون للقطع إخراج الشيء من حيازة المجنى عليه وإدخاله في حيازة الجاني ، ويكتفون بأن يتناول الجاني الشيء بقصد سرقة لا اعتباره أخذاً له خفية ومستحقاً لعقوبة القطع .

وتتفق المذاهب الأربعة والشبعة عدا مذهب الظاهريين ، وتتفق الشريعة مع القانون المصري والفرنسي إذا كانت السرقة واقعة على مال غير محرز . فهذه السرقة لا قطع فيها وعقوبتها ويكفي فيها لاعتبار الأخذ تاماً أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة السارق ، فمثلاً إذا سرق الجاني دابة المجنى عليه أثناء سيرها في الطريق دون حارس فإن مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها لأنه يدخلها في حيازة الجاني ويخرجها من حيازة المجنى عليه .

وتتفق الشريعة أيضاً مع القانون المصري والفرنسي إذا كان الفعل الحاصل من الجاني مما يعتبر في الشريعة اختلاساً فإن الاختلاس عقوبته التعزير لا القتل ، ويكفي في حالة الاختلاس لاعتبار الفعل تاماً أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة المختلس ، فمن خالس المجنى عليه وخطف من يده ورقة مالية أو أخذ ثوبه من جواره فإن الاختلاس يعتبر تاماً بمجرد دخول الورقة المالية أو الثوب في حيازة المختلس ولو لم يبرح محل الاختلاس .

وإخراج الشيء المسروق من حرزه يتبعه دائماً إخراج هذا الشيء من حيازة المجنى عليه ، فمن سرق من زريبة أو منزل أو دكان يعتبر أنه أخرج المسروق من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الزريبة أو المنزل أو الدكان ، وكذلك من يسرق من جيب إنسان يعتبر أنه أخرج المسروقات من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الجيب لأن الجاني في هذه الأحوال جميعاً يزِيل عن المسروقات يد المجنى عليه .

وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه لا يتوقف دائماً على خروج السارق به من الحرز ، فقد يخرج المسروق من حيازة المجنى عليه مع بقاء الجاني في الحرز ومع عدم خروج المسروق من الحرز ومثال ذلك أن يتلصق السارق بالمسروقات في الحرز إذا كانت مما لا يفسد بالابتلاع كجواهر أو نفود ابتلعها السارق داخل الحرز ففي هذه الحالات وأشباهاها تدخل المسروقات في حيازة السارق وتخرج من حيازة المجنى عليه قبل أن يخرج السارق من الحرز وقبل أن يعتبر الأخذ تامة لأنه لا يتم إلا بالخروج من الحرز^(١)

أما إذا كان الشيء الذي ابتلع في الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحليب وما أشبهه فالنفل لا يعتبر سرقة في الشريعة وإنما هو إتلاف ، والقاعدة في الشريعة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لاسرقة سواء استهلك بواسطة أكله أو شربه أو تمزيقه أو تحريقه إلى غير ذلك^(٢) .

ويرى أبو حنيفة أن إخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه لا يستتبعه حتما دخوله في حيازة الجاني ومثل ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقى به إلى خارج المنزل ثم يخرج ليأخذه فيجد أن غيره عثر عليه وأخذه أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها . ففي هاتين الحالتين وأمثالهما . ويرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل في حيازة السارق لأنه لا يدخل في حيازة السارق إلا إذا خرج من حيازة المجنى عليه ويد الآخر تظل قائمة على الشيء حتى يخرج من حرزه فبالإخراج تزول يد المالك^(٣) .

فإذا أخرج اللص الشيء من الحرز زالت عنه يد المالك فإذا عثر عليه لص

(١) المتن ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح الأزهري - ج ٤ ص ٣٦٤ - المذهب ج ٢

ص ٢٩٧ - كشف القناع ج ٢ ص ٧٩ ، ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٨

(٢) تراجع نفس المراجع السابقة .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١

آخر فأخذه فقد اعترضت يد اللص الأخير يد اللص الأول الذى أخرج المسروق ولم يدخل المسروق فى حيازة السارق وإنما دخل فى حيازة اللص الثانى ويسى أبو حنيفة هذه الفظرية بنظرية اليد المعترضة ويرتب عليها عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الخرز ويرى أن العقوبة هى التعزير^(١).

وإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الخرز ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل فى حيازته لأن يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقى الشيء فى خارج الخرز لم يأخذه أحد حتى ضبط السارق^(٢) أما إذا رمى بالشيء خارج الخرز ثم خرج فأخذه فعليه القطع.

ولكن زفر يرى أن لا يقطع السارق فى هذه الحالة وحجته أن الأخذ من الخرز لا يتم إلا بالإخراج منه، والرمى ليس بإخراج، والأخذ من الخارج ليس أخذاً من الخرز، ورد عليه بأن المال بإلقائه فى الخارج أصبح فى حكم يد السارق وإن كانت يده غير ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأن الرمى ليس إلا الأخذ من الخرز^(٣) ولكن مالسكا والشافعى وأحمد يرون أن المسروق يدخل فى حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة الجنى عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا مادياً وإذن فاليد المعترضة لا يحتاز المسروق إلا بعد دخوله فى حيازة السارق^(٤).

ومن ثم تتم شروط الأخذ خفية وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٥) فهم يرون أنه يكفي لقطع السارق أن يخرج المسروق بأى وسيلة وأن يكون الإخراج بفعله حملاً أو رمياً أو جراً أو إكراهاً أو تدليسا سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره ويعتبر الأخذ تاماً عندهم بالإخراج ولو رد الجانى للمسروق لحززه بعد إخراجه.

(١) تراجع نفس المراجع (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥.

(٤) الهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤٧ - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٣٠٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - المدونة ج ١٦ ص ٧١.

(٥) شرح الأضرار ج ٤ ص ٣٦٧

والأخذ خفية على نوعين فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً وإما أن يكون أخذاً بالتسبب . فأما الأخذ للمباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه ، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الحرز ، أو أن يدخل يده في الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن أو أن يبطر جيئاً فيسقط منه المال أو ينقب حرزاً فيه طعام أو حب فينثاله منه إلى الخارج ، إلا أن بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سنتحدث عنها فيما بعد ، وإذا حمل السارق المسروق إلى خارج الحرز أو أنجز بالمسروق إلى خارج الحرز أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقة (١) .

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدي فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه إلا في رأى الظاهريين وحدهم لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجاني للشيء المسروق ولأنهم لا يعتبرون الحرز . وعند باقي الفقهاء على الجاني التعزير ولا قطع عليه لأن شروط الأخذ حقيقة لن تتم وقد سبق الكلام في هذه النقطة .

وإذا ضبط السارق بعد إلقاء المتاع المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج إلى الحوز لأخذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة الجاني عليه إلا أنه لم يدخل في حيازة السارق الفعلية أو لأن يد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر في حيازته (٢) فعلا وإن كان الحنفية يعتبرون الشيء في حيازة السارق حكماً بإلقائه ما لم تسكن هناك معترضة أى شخص يضع يده على الشيء (٣) وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الحرز ثم خرج فأخذه ولا يخالفهم في هذا إلا زفر وقد بينا من قبل سبب خلافه .

(١) مهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٩

فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ - الورفاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) هداية الصائغ ج ٧ ص ٦٥ . (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ .

ويرى بقية الأئمة ومعهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد إلقائه إلى خارج الحرز وأن الحيازة الحسكية تكفي لاعتبار الأخذ تماماً كالحيازة الفعلية سواء بسواء فإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تمت السرقة سواء خرج السارق فأخذه أو وجد أن غيره قد استولى عليه سواء ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط . إلا أن الإمام مالك تردد في اعتبار السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد إلقاء المسروقات في خارجه ولكن المذهب على اعتبار السرقة تامة^(١) وإذا أخرج السارق المتاع المسروق من بعض الدار إلى ساحتها فلا يعتبر الأخذ تاماً لأن الدار جميعها حرز واحد ولأن المتاع لم يخرج بعد من الحرز ولا يخالف هذا إلا الظاهريون لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول السارق للشيء المسروق ولو لم يبرخ مكانه . أما إذا كانت الدار مكونة من بيوت أو غرف مستقلة يعتبر كل منها مسكناً مستقلاً فالأخذ من أحد البيوت أو الغرف يعتبر تاماً إذا أخرج السارق المتاع المسروق إلى ساحة الدار المشتركة أو ضبط فيها ومعه للمسروقات لأن كل بيت أو غرفة حرز مستقل وليس له علاقة بساحة الدار فإذا أخرج السارق المسروقات إلى ساحة الدار فقد أخرج المسروق من حرزه^(٢) .

وإذا استهلك الجاني الشيء أو أتلّفه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له قائماً إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصيباً وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما أتلّفه وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(٣)

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧

المنقح ج ١٠ ص ٢٥٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٣٩ - المنقح ج ١٠ ص ٢٦٠ - مذهب ج ٢ ص ٢٩٧

كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣
شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ .

(٣) المنقح ج ١٠ ص ٢٦١ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨

مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ .

وبهذا الرأي تأخذ الشيعة الزيدية ^(١) .

وهذا ما يراه أبو حنيفة ومحمد إلا أن أبا يوسف يرى أن من أتلف الشيء داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيمه نصاباً فإنه لا يقطع لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق قيمة المسروق للمكة من وقت الأخذ فلو قطع لقطع في ملك نفسه ^(٢) .

وإذا ابتلع الجاني المسروق داخل الحرز فيفرون بين ما يفسد بالابتلاع كالطعام والشراب وما لا يفسد به كالجواهر والنقود ، فأما ما يفسد بالابتلاع فلا يعتبر ابتلاعه أخذاً أى سرقة وإنما يعتبر إتلافاً ويعاقب عليه بعقوبة التعزير وأما ما لا يفسد بالابتلاع ففيه آراء أولها : الابتلاع يعتبر استهلاكاً للشيء فهو إتلاف لا سرقة وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة ما إذا لم يخرج الشيء من جوف الجاني وبقي به وثانيتها : أن الابتلاع يعتبر أخذاً كما لو خرج الشيء في وعاء وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة خروج المسروق من جوف الجاني وعلى هذا الرأي المالكية وبعض الشافعية ^(٣) .

وثالثها : يفرق بين خروج للمسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه فإن خرج فالفعل سرقة وإن لم يخرج فالفعل إتلاف ^(٤) ورابعها : وهو للعنابلة فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً في كل حال وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذي بلم فإذا لم يخرج فهو إتلاف ^(٥) .

وإذا استهلك الجاني أو ابتلع بعض الشيء ثم خرج ببعضه الباقي فهو متلف لما استهلك أو ابتلع إن كان يفسد بالابتلاع وسارق لما خرج به من الحرز إذا تمت فيه شروط الأخذ خفية مع مراعاة وجود الخلاف والآراء المختلفة التي سبق

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٧٠ ، ٧١ .

(٣) شرح الزرقاني ص ٩٩ (٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٤ - مهذب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٥) المغني ج ١٠ ص ٢٦١ .

عرضها وإذا كان للإخراج من الحرز أهمية في بيان الأخذ التام من غيره فإن له أهمية قصوى في حالة تعدد الجناة لأن القاعدة في الشريعة أن عقوبة القمع على من أخرج الشيء المسروق من حرزه فقط أما من لم يخرجها فعليه التعزير.

٥٩٩ - نظرية المترك المتناول : وإذا كان السارق واحداً فنقب الحرز كما لو كان منزلاً مثلاً وأدخل يده في النقب وأخذ المتاع أو مد قصبة أو محجنا فأخذه به فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن السارق لم يدخل الحرز وهناك الحرز هتكاً متكاملاً شرط لتكامل الجناية ولا يتصور تكامل المتك فيما يمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلاً أما مثل الصندوق والفرارة فلا يمكن الدخول فيهما فالأخذ التام سبهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملاً وتسمى هذه النظرية بنظرية المتك التكاملي^(١) ولكن الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة والشيعة الزيدية يرون الأخذ تاماً سواء دخل السارق الحرز أو لم يدخله لأن ركن السرقة الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز فكل ما أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام^(٢).

٦٠٠ - تعدد الجناة - : وإذا اشتراك في السرقة اثنان فدخل أحدهما الحرز وبقي الثاني في خارجه وناول الداخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب في الحائط فيرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معاً فأما بالنسبة للداخل فلا لأنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة الجني عليه إلا أن المتاع لم يدخل في حيازة الداخل وإنما دخل في حيازة زميله الذي كان في الخارج ومن ثم فالأخذ غير تام بالنسبة للداخل ورأى أبو حنيفة في هذه المسألة تطبيقاً لنظرية اليد المعترضة التي سبق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

بيانها ، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل في حيازته فإنه لم يخرج المسروق من حوزة ومن حيازة الجنى عليه ومن ثم كانت شروط الأخذ غير تامة بالنسبة له .

ويتفق الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة على اعتبار الأخذ تاماً بالنسبة للداخل ويرون أن المتاع المسروق يدخل في حيازة الداخل الذي أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه ولكنهم إذا خالفوا رأى أبي حنيفة بالنسبة للداخل فإنهم يرون رأيه بالنسبة للخارج^(١) .

والمفروض في المسألة السابقة أن الداخل أخرج يده بالمسروقات إلى خارج الحرز فناولها زميله الخارج ، أما إذا أدخل الخارج يده في الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة لأيهما ، فأما الخارج فلأنه لم يدخل الحرز فبمتهكه هتكاً متكاملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الهتك المتكامل ، وأما الداخل فلأنه لم يخرج المسروق من الحرز ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يرون أن الأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج لأنه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة الجنى عليه وأدخله في حيازة نفسه ولأن ركن السرقة هو الأخذ وقد أخذ المسروق وليس ركن السرقة الدخول في الحرز أما بالنسبة للداخل فيتفق رأى هؤلاء الفقهاء مع رأى أبي حنيفة^(٢) .

وإذا وضع الداخل المسروقات في وسط الثقب فدخل الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما في الثقب بموضع لم يخرج به الداخل من الحرز ولم يخرج به الخارج من الحرز فمعاً على إخراجهم وأخرجاه من الحرز فالأخذ تام

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - الزرقاني ج ٨ ص ١٠٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٩٩ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٨ .
(٢) تراجع المراجع السابقة .

بالنسبة لـ كليهما في رأى مالك^(١) ، وهو كذلك عند أحمد وأبي يوسف من فقهاء الحنفية^(٢) ، ولمسكن الشافعى يرى أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة للداخل والخارج معاً لأن الداخل لم يخرج من تمام الحرز ولأن الخارج لم يأخذه من داخل الحرز^(٣) .

أما عند أبي حنيفة فلا يعتبر أحدها آخذاً لأن الخارج لم يدخل الحرز ويهتكه هتكاً متكاملاً ولأن الداخل لم يخرج من الحرز وعلى فرض أنه أخرجه فإن يبدأ أخرى اعترضت يده .

وإن دخل أحدها إلى الدار فربط المسروقات بحبل وكان طرف الحبل مع آخر في الخارج فجر المسروقات حتى أخرجه من الحرز فالأخذ تام بالنسبة للخارج عند الشافعى وأحمد وأبي يوسف والشيعة الزيدية وليس تاماً بالنسبة للداخل . أما عند أبي حنيفة فالأخذ ليس تاماً أيضاً بالنسبة للخارج تطبيقاً لنظرية الهتك المتكامل^(٤)

وإذا دخلا معاً في الحرز فصعد أحدهما إلى سطح المنزل وجمع الثانى المتاع المسروق فربطه بحبل فجره على السطح وألقى به إلى الخارج فالأخذ تام بالنسبة لكليهما عند مالك وأبي حنيفة وأحمد وليس تاماً عند الشافعى إلا بالنسبة لمن ألقى به إلى الخارج^(٥) ، فأما الشافعى فيرى أن الأخذ تام لمن أخرج المسروق أما من لم يخرج فلا يعتبر الأخذ تاماً له وهو يسير في هذا على القاعدة العامة ، أما من اعتبروا الرابط مخرجاً للمتع فإنهم يعتبرونه كذلك على أسس مختلفة فمالك يعتبره مخرجاً لأن فعل الربط جاء مصاحباً لفعل الإخراج وهو يعتبر الشخصين مخرجين كلما تصاحب فعلاهما حال الإخراج وأبو حنيفة وأحمد

(١) المدونة ج ١١ ص ٧٣ .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ .

(٤) للراجع السابقة .

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٧٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨ .

شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

يعتبران من يدخل الحرز مخرباً للمسروق ولو لم يحمل من المسروق شيئاً مادام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه^(١) .

وسنتكلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعاقة ، وتأخذ الشيعة الزيدية بهذه القاعدة^(٢) على أن فيهم من يأخذ برأى الشافعى .

وإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتم شروط الأخذ خفية لأن شروط الإخراج من الحرز يتقدم وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع فيها وإنما فيها التعزير ، ومثل ذلك أن يؤذن للسارق بدخول الحرز لأن الإذن يبطل الحرز في حق المأذون له وكذلك الحارس على الشيء المسروق في حالة ما إذا كان المال محرزاً بحارس . أما إذا بطل الحرز بعد إخراج المسروقات فإن ذلك لا يؤثر على السرقة التي تمت بتمام شروط الأخذ خفية .

وسنتكلم على ما يبطل الحرز عند الكلام عن الحرز . ويبطل الحرز عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية بفتح الباب والنقب ولكنه لا يبطل بهما عند مالك وأبى حنيفة فإذا ثقب شخص حرزاً أو فتح بابه ولم يسرق شيئاً لجاء آخر ودخل الحرز وسرق منه متاعاً فلا قطع على أحدهما عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية لأن الأول لم يأخذ شيئاً فلا يسأل عن السرقة وإنما يسأل عن إتلاف الخائن ولأن الثانى أخذ المتاع من غير حرز والسرقة من غير حرز لا قطع فيها . أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة للثاني الذى دخل الحرز وأخذ المتاع لأن الثقب لم يخرج المسكان عن كونه حرزاً^(٣) .

ويرتب الحنابلة على القول بأن الثقب يبطل الحرز أن الجانى لو ثقب فى ليلة ولم يأخذ شيئاً فعم المالك بهتك الحرز وأهله ثم جاء الناقب فى ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرق مافى المنزل أو جاء فى نفس الليلة من إحداث الثقب فسرق فإن الأخذ لا يعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز وكذلك الشأن عند الحنابلة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ المفه ج ١٠ ص ٢٤٧ ، ٢٩٨ كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهار ج ٧ ص ٣٧٠ - المفه ج ١٠ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ شرح الزرقانى ص ١٠٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ وما بعدها .

في حالة الإخراج على دفعات فإذا نقب الجاني الحرز فأخرج مادون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب فإن كان ذلك في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القلع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة والأولى دون النصاب هي الثانية . وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة أما إذا تقاربا فهما سرقة واحدة لبناء الفعلين أحدهما على الآخر وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى^(١) . أما إذا علم المالك بهتك الحرز وأهله فكل أخذ يعتبر مستقلاً مهما تقاربت المدة بين الأخذين والأخذ بعد العلم أخذ من غير حرز^(٢) . ويلاحظ أن الحرز لا يبطل بالنسبة لحدث النقب إلا بعلم المالك أو بلمستشهار هتكه أما بالنسبة للغير فيبطل في الحال . ويرتب الشافعية على القول بأن النقب يبطل الحرز بأن الجاني لو نقب في ليلة وسرق في أخرى كان أخذه تاماً موجباً للقطع إلا إذا كان النقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة أو علم المالك به بعد الحرز^(٣) .

أما الشأن عندهم في حالة الإخراج على دفعات فلم يتفقوا عليه . فإذا نقب شخص حرزاً ثم أخرج منه نصيباً على دفعات فبعضهم يرى الأخذ تاماً ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله يبنى على البعض الآخر . والبعض يرى أن ما أخذه بعد الدفعة الأولى لا يعتبر أخذاً تاماً لأنه أخذ من حرز مهتوك والبعض يرى أن ما أخذ قبل اشتهار هتك الحرز أو علم المالك به يعتبر أخذاً تاماً وما أخذ بعده لا يعتبر كذلك^(٤) .

ويتفق رأي الشيعة الزيدية مع ما يراه الحنابلة^(٥) .

ويلاحظ أن الحرز يبطل في الحال بالنسبة للغير أما بالنسبة للنائب فلا يبطل

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٢ .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٢٠

(٥) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٨ .

إلا على الوجه الذى سبق بيانه وطبقاً للأجزاء المختلفة التى عرضناها فلو نقب شخص حرزاً فجاء آخر وسرق ما فى داخل الحرز فلا يعتبر أخذه تاماً لأنه أخذ من غير حرز . أما الإخراج على دفعات عند مالك وهو لا يرى بطلان الحرز بالنقب ولافتح الباب فحكمه أن العبرة بقصد الجانى ، فإن قصد الجانى ابتداء أخذ للمسروق ولكنه أخرجه على دفعات فالأفعال كلها سرقة واحدة ويستدل على قصد الجانى بإقراره أو القرائن سواء كان يستطيع أن يخرج المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يخرج أو كان لا يستطيع أن يخرج إلا على دفعات أما إذا قصد الأخذ فى كل دفعة قصداً مستقلاً فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة فإن أخرج فيها نصاباً قطع وإلا لم يقطع^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى فى حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها فإن بلغت النصاب وحدها استحق الخرج القطع وإلا فلا ولو أن المخرج قصد أن لا يخرج فى كل مرة نصاباً تحايلاً منه^(٢) .

والإخراج من الأحرار يختلف باختلاف نوع الحرز فإذا كان الحرز حرزاً بالمسكان كالمنزل أو الدكان فيجب أن يخرج السارق بالسرقة من جميع الحرز حتى يعتبر الأخذ تاماً ، فمن سرق متاعاً من منزل يجب أن يخرج به إلى الخارج من المنزل ، فإن نقله من غرفة إلى أخرى فلا يعتبر الأخذ تاماً ما لم تكن الغرفة التى نقل إليها المتاع المسروق حرزاً مستقلاً عن الغرفة التى كان فيها ، وإذا نقله إلى ساحة المنزل فلا يعتبر الأخذ تاماً إلا إذا كان المنزل مكوناً من مساكن مختلفة والساحة مشتركة للجميع فى هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً . أما إذا كان الحرز حرزاً بالحفاظ فإنه يكفي لاعتبار الأخذ تاماً أن يفصل للمسروق عن مكانه أو يفصل به عن الحارس ، فالنشل يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب الجنى عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه ولو على الأرض .

٦٠١ - التعاون على الإخراج : الأصل أنه لا يقطع فى السرقة إلا

الشخص الذى يخرج المسروق من الخرز سواء حمله إلى خارج الخرز أو رماه إلى الخارج والسكن الكثيرين من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئا لأن الحل والإخراج يعتبر حاصلًا منهم معنى لامادة .

وفى اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشيء المسروق من الخرز سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره فلو جعل القطع على المباشر وحده لافتتح باب السرقة وانسد باب القطع^(١) .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط فى إخراج الشيء المسروق من الخرز لأنه يعتبر محرّجاً له فإن كان العون فى غير ذلك كاشتراك فى النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على تسليق الحائط للدخول فى الخرز أو مساعدة فى حمل المسروقات بعد إخراجها من الخرز لم يقطع المعين على كل ذلك وأشباهه فلو اتفق اثنان مثلاً على سرقة منزل وتعاونوا على نقب الحائط ثم دخل أحدهما وبقى الآخر فى الخارج يرقب الطريق وأخرج الداخل المسروقات من الخرز مرة بعد أخرى دون أن يستعين بزميله وبعد إخراجها تعاونوا على حملها فالقطع على الداخل وحده وعلى الخارج التعزير لأنه لا يعتبر معيناً على الإخراج مادام لم يتعاون مع المباشر فى إخراج الشيء المسروق من الخرز

ومع أن الفقهاء متفقون على ما سبق إلا أنهم اختلفوا فى الأفعال التى تعتبر إعانة بحيث لا يتفق مذهب مع آخر فى تحديد هذه الأفعال وسنستعرض فيما يلى آراء المذاهب المختلفة فيمن يعتبر معيناً على إخراج المسروق .

فالك يرى أن المعين على الإخراج قد تحدث منه الإعانة وهو فى خارج

الحرز وقد تحدث منه الإعانة وهو في داخل الحرز . فأما الإعانة من خارج الحرز فمثله أن يضع الداخل المتاع المسروق في وسط النقب ويمد الخارج يده لأخذه فتجتمع أيديهما في النقب بموضع لم يخرج به الداخل من الحرز ولم يخرج به الخارج من الحرز وإنما هو بين بين ، فإذا تناول الخارج المتاع على هذا الوجه فهو معين على إخراجه لأن فعل كل منهما لم يستقل بإخراج المسروق ولأن فعل كل منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر . ومثل ذلك أن يربط الداخل المتاع بحبل يحرقه من في الخارج فإذا فعل فهو معين على الإخراج فالقاعدة إذن عند مالك أن الخارج يعتبر معيناً على الإخراج إذا كان فعل الداخل لا يجعله مستقلاً بالإخراج وإذا تصاحب فعلاهما في حال الإخراج^(١) .

أما الإعانة من داخل الحرز فتكون بالتعاون في حمل المسروق إلى خارج الحرز أو بالتعاون في حمله على أحد السارقين أو بعضهم أو في حمله على دابة وبشرط أن يكون هذا التعاون ضرورياً كأن يكون المسروق ثقيلاً فلا يستطيع إخراجه إلا كثيرون أو لا يستطيع حمله شخص واحد إلا أن يضعه عليه اثنان أو ثلاثة أو أكثر فإذا كان المسروق خفيفاً فحمله واحد فخرج به وهم معه أو أعانوه على حمله وهو يستطيع حمله دون إعانة كالثوب والصرة فلا إعانة لأن التعاون على الإخراج ليس ضرورياً ولا قطع إلا على من حمل المسروق فأخرجه . وإذا اقتضى إخراج المسروق التعاون في حمله لإخراجه فالخاملون جميعاً مباشرون للسرقة مادام أنهم قد حملوه حتى أخرجوه من الحرز فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو الخارج والباقون معينون وفي هاتين الحالتين يكفي لقطع المباشرين والمعينين أن تبلغ قيمة المسروق نصيباً واحداً . وإذا اشترك كثيرون في إخراج المسروقات من الحرز ولم تكن هناك ضرورة للتعاون وإنما أخرج كل منهم شيئاً يحمله وهم شركاء في كل ما أخرجوه فالخارجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجته نصيباً .

ويعزر من أخرج دون النصاب ولا يعتبر معينا عند مالك من يدخل الحرز أو يفي في خارجه دون أن يأتي عملا ماديا يشترك به في إخراج المسروقات على الوجه الذي سبق بيانه ، فمن وقف داخل الحرز ليحمي حامل المسروقات أو لمنع السكان من الحركة أو الاستغاثة أو ليرشد اللصوص على مكان النقود فإنه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً ولا قطع عليه وإنما عليه التعزير^(١)

ويشترط أبو حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً ولو ساعد فعله على إخراج المسروقات من الحرز ورأيه هذا تطبيق آخر لفظيته في هتك الحرز هتكاً كاملاً .

والمعين في مذهب أبي حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً سواء أتى عملاً مادياً عاون به على إخراج المسروقات كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر أو أتى عملاً معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز إعانة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ولو كانت الحالة لا تقتضي وجود المعين^(٢) . على أن الإعانة لا يجب فيها القطع في مذهب أبي حنيفة إلا إذا خص كل مباشر وكل معين نصاب فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تسفي ليصيب كل منهم نصاباً فلا قطع وإنما التعزير^(٣) . وإذا اشترك جماعة في سرقة فخرج كل منهم ببعض المسروقات وبعضهم يحمل ما قيمته نصاباً فأكثر وبعضهم يحمل أقل من نصاب فعليهم القطع جميعاً إذا كانت قيمة المسروقات في مجموعها تسفي لأن يصيب كل منهم نصاباً^(٤) . وفي هذا يختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ ، ٦٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٥ .

(٤) للراجع السابقة .

أما مذهب أحمد فيتفق أولاً مع مذهب مالك في أن الإعانة قد تحدث من شخص خارج الحرز وقد تحدث ممن في داخله كذلك يتفق المذهبان في تحديد الإعانة من الخارج ولكنهما يختلفان في الإعانة ممن في الداخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب أبي حنيفة في الإعانة من الداخل فيعتبر معيناً عند أحمد كل من يدخل الحرز سواء أتى عملاً مادياً كإعانة غيره على حل السرقات أم أتى عملاً معنوياً تمنع الغوث أو لم يأت عملاً ما .

وفي مذهب أحمد يقطع المباشر والمعين إذا بلغت قيمة ما أخرج نصاباً واحداً وإذا اشترك جماعة في السرقة فليس من الضروري أن يبلغ ماحمله كل منهم نصاباً بل يكفي أن يبلغ كل ما أخرجوه من الحرز نصاباً واحداً لا غير ليقطعوا به هم ومن أعانهم على الإخراج سواء من الداخل أو من الخارج وفي هذا يخالف مذهب أحمد مذهبي مالك وأبي حنيفة^(١) .

أما في مذهب الشافعي فلا يعترفون بالإعانة من خارج الحرز ولا بالإعانة من داخله والمعين في كل الأحوال عليه التمييز ولا قطع عليه ويقطع الشافعي المشتركين في السرقة بشرطين أولهما : أن يشترك السارق في إخراج المسروق من الحرز كأن يكون شيئاً ثقیلاً فيتعاون السارقون على حمله لخارج الحرز أو أشياء متعددة فيحمل كل منهم شيئاً . فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق ثانياً : أن يختص كل من السارقين نصاباً إذا وزعت عليهم قيمة كل ما أخرجوه بنصف النظر عما أخرجته كل منهم فقد يخرج أحدهم نصاباً أو أكثر وقد يخرج أقل من نصاب^(٢) .

وإذا لم يشترك السارقون وكان كل منهم مستقلاً في فعله وقصده عن الآخر فالعبرة بما يخرج كل . فمن أخرج نصاباً قطع إذا توفرت الشروط الأخرى ومن

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٩ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٩٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

أخرج أقل من نصاب لم يقطع^(١) . ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب مالك فهم يرون قطع المعين من الخارج أو من الداخل بنفس الشروط وعلى الكيفية التي يراها المالكيون^(٢) .

هذا هو حكم الإعانة على الإخراج في مختلف المذاهب الإسلامية وظاهر منه أن المعين على الإخراج يعتبر فاعلاً أصلياً للسرقة ويعاقب بالقطع كمباشر السرقة أما الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة كما نعرفه في القوانين الوضعية فلا قطع عليه وعليه التميز بما دام أنه لا يعين على إخراج المسروق من الخزانة والشريك على أحد هذه الوجوه يسمى في الشريعة الإسلامية الشريك بالتسبب أما الفاعل الأصلي المشترك مع غيره فيسمى الشريك المباشر .

٦٠٢ - **الأخذ بالتسبب** : معناه أن لا يباشر السارق إخراج المروقات من الخزانة بنفسه وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المروقات مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الخزانة أو يلقى بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل فيخرجه التيار ، أو يرميه في ماء راكد ثم يفتح مجرى الماء أو يعرض المسروق لريح هابة فتطير المسروق إلى الخارج ، أو يربطه على طائر ويطيره فيخرج المسروق أو يأمر صغيراً أو ممتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه أو أن يستنبح سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشتري الأم والسخل على ملك الغير في حرز فيأتي بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها ، وكذلك العكس نحو أن يأتي في مكان أمه وهي في حرز مالكها حتى يستنبح الأم سخلها بأن يبعثه عليها حتى تتبعه أو أشار لشاة في الخزانة بالعلف حتى خرجت إليه فأخذها^(٣) .

والأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتم شروط

(١) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٨ .

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٧ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .

الأخذ فيخرج السرورق من حرزه ومن حيازة الجنى عليه ويدخل في حيازة الجانى ويراعى فى الأخذ بالتسبب ماسبق ذكره من وجوه الخلاف بين الفقهاء وعلى الأخص نظرية أبى حنيفة فى هتك الحرز هتكا متكاملا ونظريته فى المترض فتلا فى حالة استتباع السخل أو الفصل يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن الجانى لم يهتك الحرز هتكا متكاملا ويخالفه أبو يوسف فى هذا ويرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأن الأخذ تام . وفى حالة وضع السرورق فى ماء جار وعنور آخر عليه وأخذه ، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن بدأ اعتراض يد السارق .

ويشترط فى الأخذ خفية أن يفعل الحيازة كاملة دون حق من الجنى عليه للجانى أى أن ينقل الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى عنصر التبعة وعنصر الملك ، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة فالمعبر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستعير والمؤجر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستأجر والأصيل الذى يأخذ متاعه خفية عن الوكيل والمودع الذى يأخذ متاعه خفية عن المودع لديه والراهن الذى يأخذ متاعه المرهون خفية عن المرتهن والمشتري الذى يأخذ المبيع خفية عن البائع ولو أن ميعاد التسليم لم يحل بعد . والمستأجر أو المرتهن أو المودع لديه أو المستعير الذى يأخذ الشيء المؤجر أو المرهون أو المودع أو المعار فى خفية عن المالك ، والمشتري الذى يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو فى زمن الخيار والموهوب له الذى يأخذ ما وهب له خفية كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم أخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصرى الحيازة فقط^(١) .

يشترط فى السرورق أن يكون مما هو خالص لغيره أى ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره . ويشترط فى الأخذ خفية أن يكون الشيء

(١) بدائم الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٧٩ - المنق ج ١٠ ص ٢٧٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ .

المسروق في يد المجنى عليه أو أى شخص آخر يقوم بمقاها كالمستأجر والمستعير كما يشترط أن لا يكون في يد الجاني ولا تحت سلطانه ، فإذا كان الشيء في يد الجاني أو تحت سلطانه من قبل فلا يعتبر الفعل سرقة لأن السرقة تقتضى الأخذ خفية والأخذ خفية لا يكون إلا من يد المجنى عليه أو من يمثله ، ولا يعتبر الجاني آخذاً خفية إذا كان يمثل المجنى عليه في حيازة الشيء أو كان المجنى عليه قدمه من الشيء ومنحه سلطة عليه ، وعلى هذا لا يعتبر الوكيل سارقاً لأنه يمثل المجنى عليه ولا يعتبر الخادم سارقاً مما وضع في يده أو أسكن منه ومنح سلطة عليه .

وما يشترط في الشريعة من أن ينقل الأخذ الحيازة كاملة بعنصرها المادى والمعنوى هو نفس النظرية التى قال بها جارسون لتحديد الأفعال التى تعتبر سرقة . فهو يفرق بين الحيازة الكاملة التى تشمل الركن المادى والركن المعنوى للحيازة وهى حيازة المالك ، وبين الحيازة المؤقتة التى تشمل الركن المادى فقط كحيازة المستأجر والمرتهن والمستعير ، كما تفرق بين هذين الفرعين من الحيازة وبين اليد العارضة التى لا تمنح صاحبها أى حق أو سلطة على الشيء . ويعرف جارسون الاختلاس وهو الفعل المادى المكون للسرقة بأنه الاستيلاء على حيازة الشيء الكاملة أو هو اعتيال الحيازة ركنها المادى والمعنوى . فالنظرية التى وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هى نظرية الفقه الإسلامى .

٦٠٣ — التسليم يعنى الأخذ خفية : ووضح من كل ما سبق أن التسليم يمنع من القول بأن الشيء أخذ خفية لأن الأخذ خفية يقتضى أن يؤخذ الشيء من يد المجنى عليه أو من يمثله دون علمه ودون رضاه مما والتسليم يجعل المجنى عليه عالماً بأخذ الشيء سواء توفر الرضاء أو انعدم ويستوى أن يكون المجنى عليه راضياً بالتسليم أو مكراً عليه فالفعل فى الحالين ليس سرقة . وإن كان من الممكن أن يكون الفعل حراماً فى حالة الإكراه إذا توفرت بقية أركان جريمة الحرام لأن جريمة الحرام لا يشترط فيها الأخذ خفية وإنما يكون الأخذ فيها مقابلة ويمنع التسليم من توفر ركن الأخذ خفية سواء نقل التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة أو ترتب

عليه تمكن الجاني من الشيء أو منحه سلطة عليه كحالة الطباخ مثلاً تسلّم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

ويستوى أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن عش أو قصد به مجرد تمكن الجاني من الاطلاع على الشيء المسروق أو التفرج عليه أو فحصه .
ففي هذه الحالات جميعاً يمنع التسليم من اعتبار الشيء مأخوذاً خفية لأن الأخذ خفية يجب أن يكون بغير علم المجنى عليه وبغير رضاه معاً وإذا كان لا يمكن اعتبار الشيء الذي سلم للجاني للفحص والتفرج والاطلاع مسروقاً طبقاً للشريعة فإن هذا الشيء يمكن اعتباره مختلساً طبقاً للشريعة .

والاختلاس كما قلنا نوع من السرقة لا يشترط فيه العلم ويشترط فيه عدم الرضاء فقط وعقوبته التعزير لا القطع . والاختلاس في الشريعة يتفق في شروطه وأحكامه مع شروط وأحكام جريمة السرقة في قانون العقوبات المصري والفرنسي . ولا يعتبر الفعل سرقة إذا تسلّم الجاني المبيع على أن يدفع ثمنه فوراً فأخذه وهرب أو إذا تسلّم ورقة مالية أو قطعة نقود كبيرة ليصرفها نقوداً صغيرة فأخذها وهرب والمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم لأن في التسليم علم المجنى عليه بالفعل والعلم يمنع من تكون ركن الأخذ خفية وإذا كان الفعل لا يعتبر سرقة فمن الممكن أن يعتبر اختلاساً طبقاً لقواعد الشريعة .

وإذا كان التسليم ممن لا شعور له أو اختيار ، كسكران أو مجنون أو طفل غير مميز فإنه يمنع أيضاً من تكون ركن الأخذ خفية لأن فقد الشعور والاختيار إذا كان يمنع من حصول التسليم اختياراً فإنه لا يمنع غالباً من العلم بحصول التسليم وإذا توفر العلم بالأخذ انعدم أحد أركان السرقة وهو الأخذ خفية وحتى إذا أمكن القول بأن علم الصغير والمجنون والسكران غير معتبر فإن هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة تدبراً الحد فلا يقطع الجاني ويكتفى في عقابه بالتعزير .

وتمكن الجاني من الشيء أو المباح له بدخول محل المسروق في حكم تسليم

الشيء المسروق إلى الجاني فالسرقة التي تقع من العمال أو الخدم والنزلاء وما أشبهه لا قطع فيها إذا كانت السرقة واقعة على شيء في المحل الذي يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو في المحلات المصروح لهم بدخولها لأن الإذن للعامل والخادم والنزيل بدخول المحل يبطل الحرز فيكون الأخذ أخذاً من غير حرز ومن ثم لا تتم شروط الأخذ خفية وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع في سرقة المال غير المحرز وإنما فيها التعزير وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز .

وإذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فمعه لا يعتبر سرقة في الشريعة الإسلامية وإنما يعتبر تبديداً لأنه تسلم الشيء بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا فرض أنه تسلمه بغير عقد فإن التسليم في ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية لأن التسليم يقتضى العلم بالأخذ وشرط الأخذ خفية أن يتم دون علم ورضا الجاني عليه فالعقوبة إذن على أى فرض هي عقوبة التعزير وكل جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصح للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . فيصح اعتبار الاختلاس الحاصل عن محترق النقل في حكم السرقة وإن كانت القواعد العامة تجعله تبديداً ومن هذا يتبين أنه لا اختلاف بين الشريعة والقانون المصري في هذه النقطة لأن القواعد القانونية العامة ذاتها تجعل الجريمة تبديداً ولكن المشرع أعطاهم حكم السرقة أو اعتبر الفعل سرقة تشديداً على محترق النقل ولم يعتبر التسليم الحاصل للجاني مع أن التسليم يمنع من تكون ركن الاختلاس طبقاً للقانون ، والاختلاس في القانون يقابل الأخذ خفية في الشريعة كما يقابل الاختلاس في الشريعة أيضاً .

ويشترط ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن لا يكون في عام الجماعة وزمن القحط لأن الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة فإذا سرق المحتاج ما يابأ كله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر وقد روى عن متجول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع في مجاعة مضطر » ويشترط في الأخذ أن لا يحد ما يشتريه أو لا يحد

ما يشتري به وأن لا يأخذ أكثر من حاجته^(١) .

فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشتري به وما يشتريه فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالى .

والقاعدة فى الشريعة أن المضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه فإن قتل المضطر قاتله مسئول جنائياً عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع وإن قتله المضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبهه القاتل . ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استراضاء مهما تغالى صاحب الشيء فى الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعاً إلا ثمن المثل^(٢) .

ويشترط أبو حنيفة ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن يكون الأخذ فى دار المدل فلا قطع عنده على من سرق فى دار الحرب أو دار البنى ولو كان الجنى عليه والجانى من أهل دار المدل لأن السرقة تقع فى مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على مكان الجريمة ومن ثم لا تمتد السرقة فى دار الحرب أو دار البنى سبباً لوجوب القطع^(٣) .

هذا ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة^(٤) أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة^(٥) ومذهب أبى حنيفة يخالف المذاهب الأخرى فى هذه الناحية حيث يرى بقية الفقهاء قطع السارق على السرقة فى دار الحرب أو دار البنى^(٦) ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣ - المحلى ج ١٠ ص ٢٨٨ المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ - أسنى الطالب ج ١ ص ٥٧٢ - مواهب ج ٣ ص ٢٤٣ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٣) بدائع ج ٧ ص ٨٠ .

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٥٥٢ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٦) مواهب ج ٣ ص ٣٥٥ ، ٣٦٥ - الدونة ج ١٦ ص ٩١ - مذهب ج ٢ ص ٣٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - تراجع القشيري الجنائى ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨٩ .

في سرقة مال المسلم أو الذي لأنه أخذ على اعتقاد الإباحة ولأنه لم يلتزم
 أحكام الإسلام وعند أبي يوسف يقطع^(١) ويرى مالك قطع المستامن وكل
 معاهد^(٢) وحجته أن حد القطع لله^(٣) وفي مذهب الشافعي وأحد ثلاثة آراء
 أحدهم وهو المرجوح يتفق مع رأي أبي حنيفة ، والثاني وهو الراجح يتفق مع
 رأي مالك^(٤) والثالث بأنه إذا اشترط قطعه للسرقة قطع لأنه يصبح
 ملتزماً للأحكام على أن القائلين بعدم قطع المستامن مسلمون بأنه لا قطع
 في سرقة ماله^(٥)

الركن الثاني

أن يكون المأخوذ مالا

٦٠٤ - يجب أن يكون الشيء المسروق مالا ، ولا محل للسرقة في
 الوقت الحاضر إلا المال أما قبل إبطال الرق فكان العبيد والإماء في الشريعة
 محلا للسرقة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه ككل مال ، وإن كانوا
 من وجه آخر آدميين وهكذا كان الشأن في القوانين الوضعية أيضاً . أما بعد
 إبطال الرق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلا للسرقة عند أبي حنيفة والشافعي
 وأحمد وهذا رأي في مذهب الشيعة الزيدية أما مالك والظاهرية فيرون أن
 الطفل غير المميز محل للسرقة ولو كان حراً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق
 اللال وهذا رأي آخر في مذهب الشيعة الزيدية ، ومع أن هؤلاء يعترفون
 بأن السرقة لا تقع إلا على اللال فإنهم يستثنون الطفل غير المميز ويعملون

(١) بدائم الصنائع ص ٧١ (٢) المدونة ١٦ ص ٢٥

(٣) مواهب ج ٦ ص ٣١٢ (٤) المغني ج ١٠ ص ٢٧٦ - كشف القناع ص

٨٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠

خطئه في حكم سرقة المال (١) .

٦٠٥ - ويشترط في المال المسروق شروط يجب توافرها جميعاً ليقطع فيه السارق وهذه الشروط هي : (١) أن يكون مالا منقولاً . (٢) أن يكون مالا متقوماً . (٣) أن يكون مالا محرراً (٤) أن يبلغ المال نصاباً .

٦٠٦ - أورد : أنه يكون ماله منقولاً : يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه ونقله من حيازة الجاني عليه إلى حيازة الجاني وهذا لا يمكن إلا في المنقولات فهي بطبيعتها التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر .

ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل فليس من الضروري أن يكون المال منقولاً بطبيعته بل يكفي أن يصير منقولاً بفعل الجاني أو بفعل غيره ، فمن استل أخشاباً من سقف منزل أو هدم حائطاً وأخذ من أنقاضه فهو سارق للمنقول ولو أن المنزل يعتبر عقاراً لأن سل الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة والأرض عقار بطبيعتها فمن أخذ منها تراباً أو أحجاراً أو أخذ من جوفها لحماً أو معادن أو ما أشبه يعتبر سارقاً للمنقول (٢) .

ويشترط أن يكون المنقول مادياً كالنقود والأخشاب ، ويستوى أن يكون المنقول صلباً كالخديد أو سائلاً كالماء أو غازياً كغاز الاستصباح ، أما الأموال المعنوية فلا يمكن أن تكون محلاً للسرقة لأنها حقوق مجردة وليست قابلة بطبيعتها للنقل من مكان لآخر سواء كانت حقوقاً شخصية أو عينية ، ولا شك

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٤٥ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ ، ٦٩ .

أن الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المعنوية تعتبر في ذاتها منقولا ومن ثم يمكن سرقتها وتقع السرقة في هذه الحالة على الأوراق لاعلى ماتضمنه من حقوق وليس في الشريعة ما يمنع من أن تكون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلا محلا للسرقة كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء والعبرة في ذلك كله وأشباهه بإمكان احتياز الشيء والتسلط عليه فكل من استطاع أن يحتاز شيئا من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكا لها وإن كان احتياز هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولا يعاقب على سرقة كما يعاقب على سرقة أى منقول آخر وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلا للسرقة لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيز الإمكان .

٦٠٧ - ثانيا : أنه يكوم ما لا منقوما : - بصفة مطلقة فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع في سرقة والمعقوبة عليه التعزير فالحرم ولحم الخنزير مثلا لاقيمة لها عند المسلم ولكن لها قيمتها عند غير المسلم ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لامطابقة وهذا النقص في القيمة هو الذى منع من القطع لأنه شبهة ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم وأن يكون السارق مسلما أو غير مسلم لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وإنما العبرة بتقوم المال أو عدم تقومه ^(١) .

وتعبير المال المتقوم هو ما يعبر به الحنفية . أما الأئمة الثلاثة فيعبرون عن هذا المعنى بمبارة للمال المحترم ، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه والظاهر يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون مال له قيمة ومال لاقيمة له ^(٢) وكل هذه العبارات تؤدي معنى واحداً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - المفتي ج ١٠ ص ٢٨٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٥

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٤

ويشترط أبو حنيفة فوق شرط التقوم أن يكون الشيء المسروق مما يتموله الناس ويعدونه مالا يضمنون به ، لأن ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم فإن كان مما يتموله الناس فهو تافه وحقير وحجته في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها « لم تسكن اليد تقطع على عهد رسول الله في الشيء التافه » (١) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرك الحذر عن سارقه وتوجب التعزير بدلا من القطع . ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع في الثبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها ، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضمنون بهالعدم عزتها وقلة خطرها ويعدون الضن بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة التراب والطين والحصى والابن والفخار وما شابهها لتفاهتها (٢) .

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه من الشيء غير التافه ، على أنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح للصناعة ذا قيمة كالقصب يصنع منه الشباب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجبا في سرقة (٣) .

ولكن أبا يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة يرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصابا إلا التراب والسرجين وفي رواية أخرى عنه إلا في الماء والتراب والطين والحصى والمعازف لأن السارق يسرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه . ودليل للمالية والتقوم هو أولاً جواز بيع المال وشرائه وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب المال ، فكل ما جاز بيعه وشرائه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوم يقطع فيه إذا سرق من حرزه (٤) .

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٦٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٦٧ ، ٦٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ بدائع الصنائع ج ٢ ص ٦٨ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

ويرى أبو حنيفة ومعه محمد من فقهاء المذهب أن كل ما يوجد جنسه تافها ومباحا فلا قطع فيه ، لأن كل ما كان كذلك فلا عز له ولا خطر ولا يتموله الناس . ولكن غيرهما من فقهاء المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الإباحة لأن الذهب والفضة والآلئ والجواهر مباحة الجنس ولا شك أن فيها القطع ^(١) ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في سرقة ميتة أو جلد لها لانعدام المالية أى لأنها لا تعتبر مالا ، ولا في سرقة كلب لاختلاف العلام في ماليتها ، ولا في أدوات الملاهي من طبل ودف ومزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتموله الناس عادة أو لأن في ماليتها قصور لكراهة الاشتغال بها ^(٢) .

وعند أبي حنيفة أن لا قطع في سرقة طير ولا صيد وحشا كان أو غيره ولا فيما علم من الجوارح كالبازي والصقر لأن الطيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتم إحرازها في الناس عادة ولأنها تأتي عن طريق الاصطياد وهو مباح فضلا عن أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «الصيد لمن أخذه» يورث شبهة والقطع يندريء بالشبهة كذلك فإن الرسول قال «لا قطع في الطير» ^(٣) .

كذلك يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ولا يبقى من سنة إلى سنة . فلا قطع عنده في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز والراحين وما أشبهه ، ولا قطع في سرقة شطرنج ذهب أو فضة أو صليب أو صنم لأنه يتأول أن السارق يأخذها لكسرها ، أما الدراهم التي عليها تماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعتبر عادة فلا تأويل له في الأخذ للمنع من العبادة ^(٤) .

لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافها ولا قطع عند

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٣٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

أبى حنيفة في سرقة المصحف وكتب الأحاديث واللغة والشعر لأنها تدحر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به ولكن أبا يوسف يرى القطع في هذه جميعاً كلما بلغت نصاباً لأن الناس يدخرونها ويعدون منها من نفائس الأموال ، أما دقاتر الحساب والدقاتر البيضاء فلا خلاف في اللذهب على أن فيها القطع إذا بلغت نصاباً لأن المقصود فيها هو الورق الأبيض ^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في سرقة ما يتبع ما لا قطع فيه كالحلية على المصحف تبلغ نصاباً وكسرقة آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب ولكن أبا يوسف يخالفه ويرى القطع وهو مذهب مالك والشافعي ^(٢) .

ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد لأن السرقة وقعت على مال متقوم فيه عجز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء في المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومتلفه ^(٣) .

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المعلقة في أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محروزة بحائط أو بحائط لأن الثمر ما دام في شجره يتسارع إليه الفساد . فإذا قطع الثمر ووضع في جرن ثم سرق بعد ذلك فإن كان قد استحكم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن استحكم جفافه فلا قطع فيه لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الراهنة ، ويستعين أبو حنيفة في تأييد رأيه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه قبله ثمن الحن ففيه القطع » .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

والمحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة هي بمنزلة الثمر المعلق عند أبي حنيفة فلا قطع فيها حتى يؤويها الجرين ويستحكم جفافها وهذا يتفق مع ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه سئل عن الثمر المعلق فقال « من أصاب بنية من ذى حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامه مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع »^(١)

والفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فيها القطع عند أبي حنيفة فإن لم تكن تبقى من سنة إلى سنة فلا قطع فيها لأنها تعتبر مما لا يقبل الادخار ويتسارع إليه الفساد .

ولا يقطع أبو حنيفة في السمك طرباً كان أو مالخاً ، لأن الطري يتسارع إليه الفساد والمالغ مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع كذلك في اللبن لأنه يتسارع إليه الفساد ولكنه يقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد ، ويقطع في الذهب والفضة والجواهر واللائيء وفي الحبوب الجافة كلها وفي الطيب والموود والمسك وما أشبهه ، ويقطع في الكتان والصوف وما أشبهه ، كما يقطع في الحديد والنحاس والرصاص وما أشبهه ، سواء كانت آنية أو مادة خاماً . وهكذا نستطيع أن نبين أن أبا حنيفة يعول في عدم القطع على شيئين . أولهما : التفاهة وعدم المالية ، ويعتبر الشيء تافهاً عند أبي حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة أو كان مما لا يرضى به الناس لعدم عزته وقلة خطره عند كالتين والحطب أو كان مما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادخار من سنة إلى سنة . ثانيهما : عدم التقوم فكلما كان المال متقوماً بصفة مطلقة وغير تافه ففيه القطع فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالخمر والخنزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم^(٢) .

ويلاحظ أن إباحة الجنس في ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلأهما مباح الأصل ولكنه لما لم يكن تافهاً وجب فيه القطع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٦٩ ، ٧٠ .

أما إذا كان المال تافهاً كالسّمك والملح فلا قطع فيه لثفاهته فالمعبرة في القطع وعدمه بالثفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهذا هو الرأى الراجح في مذهب أبى حنيفة ^(١) ..

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأى أبى حنيفة في أن الثفاهة تمنع من القطع والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقة ^(٢) . ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة وسنين فيما يلي حدود هذا الاختلاف ، فمالك يرى القطع في كل مال أيا كان ولو كان محترقاً في نظر الناس كالماء والخطب ونحو ذلك مما أصله مباح للناس لأنه متمول يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ويستوى بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح مادام المجنى عليه قد حازه في حوزة الخاص كما يستوى أن يكون معرضاً للفساد أو غير معرض ^(٣) .

ويرى مالك القطع في سرقة الجوارح طيوراً أو سباعاً إذا بلغت قيمة أحدها النصاب ولو كانت لا تبلغ هذه القيمة إلا لتعليمها الصيد لأن تعليم الصيد منفعة شرعية فإذا لم تكن معاملة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطير وريشه النصاب ، وإذا بلغت قيمة جلد السبع النصاب ولا تراعى قيمة لحم السبع لكرهته أو للقول بحرمته وعلى هذا فسارق جلد السبع يقطع وسارق لحمه فقط لا يقطع ^(٤) .

ويرى القطع في جلد الميتة سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل ، ولكن بعد اللبغ وبشرط أن يزيد اللبغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ^(٥) .

ولا يرى مالك القطع في الطيور المحببة كالبلبل والبيضاء وأشباههما إلا إذا كان لحمها وريشها يساوى نصاباً فإن كانت لا تساوى النصاب إلا لإجابتها فلا قطع لأن الإجابة ليست منفعة شرعية ^(٦) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٧ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ .

ولا قطع عند مالك في مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ولو سرقها ذى
مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاحى فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصاباً
بعد كسرها^(١) .

ولا قطع في سرقة الكلب معلماً أو غير معلم مهما بلغت قيمته لحزمة ثمنه .
ولا قطع في الثمر المعلق عند مالك ولا في الزرع قبل حصده فإذا جذا الثمر
وحصد الزرع فلا قطع في السرقة إلا إذا وضع في الجرين على رأى أو كدس أو كواماً
بعد حصده حتى يصير كالشئ الواحد .

وإذا كانت الثمار في بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهى لا تزال
معلقة في الشجر ففيها القطع على رأى ولا قطع فيها على رأى آخر ، والقائلون
بالقطع يحتجون بأن الثمار أصبحت في حرز ، وإذا كانت الشجرة المثمرة في داخل
الدار فالسرقة من ثمرها المعلق ، فيها القطع بلا خلاف لأن السرقة من حرز^(٢) .
وإذا سرق ماليس فيه قطع حالة كونه متصلاً بما فيه القطع اعتبرت قيمة
مافيه القطع ، فإذا بلغ نصاباً قطع السارق كسرقة الخمر في إناء من الذهب ،
فالخمر لا قطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصاباً^(٣) .
ويقطع مالك في سرقة المصحف لأنه مال مملوك ويجوز بيعه^(٤) . أما الشافعى
فذهبه لا يكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك إذ يرى القطع في كل مال ولو كان
محقرأ كالخبط والحشيش والتراب ومباح الأصل كالصيد والطيور والماء أو معرضاً
للتلف كالطعام والثمار والفاكهة .

ويرى القطع في المصحف والكتب العلمية والأدبية النافعة المباحة فإذا لم
تكن مباحة قوم ورقها وجلدها فإن بلغا نصاباً قطع به السارق^(٥) .
ولا يقطع الشافعى في مال غير محترم أى غير متقوم كالخمر والخنزير والكلب

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ .

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٧٧ .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

وجلد الميتة قبل دبنه^(١) . ولا يقطع الشافعى فى الثمر المعلق حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين ففيه القطع ، ويقطع الشافعى فى آلات اللهب وفى آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصابا بعد كسره أو إفساده^(٢) . وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه متصلا بما فيه قطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع دون ما لا قطع فيه^(٣) .

والقاعدة فى مذهب أحمد أن القطع واجب فى كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة :
١ - الماء : فسرقة الماء لا قطع عليها لأنه مما لا يتمول عادة أى أنه لا يباع ولا يشتري فى العادة . . .

٢ - السكر والملح : وفيهما خلاف فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنهما مما يتمول عادة والبعض لا يرى القطع فيهما لأنهما مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه
٣ - الثلج : ويرى البعض القطع فيه لأنه يتمول عادة ، ويرى البعض أن لا قطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء . . .

٤ - التراب : وحكمه أنه إذا كانت تقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتمول وإن كان . مما له قيمة كثيرة كالطين الأرضى الذى يعد للدواء أو الغسل أو الصبغ احتمال وجهين : أحدهما : لا قطع فيه لأنه من جنس ما لا يتمول أشبه بالماء والثانى فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فأشبهه العود الهندى ، ولكن ما يصنع من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة .

٥ - السرمين : لا قطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له وإن كان طاهراً .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه^(١). ويقطع الشافعي ومالك في السرجين الظاهر وفي كل الأشياء السابقة أما أبو حنيفة فلا يقطع في شيء منها .

٦ - المصحف : يرى البعض أن لا قطع في سرقة وهو قول أبي حنيفة لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله وهو مما لا يجوز أخذ البوض عنه ، ويرى البعض وجوب القطع لأنه مال متقوم وهو رأى مالك والشافعي وإذا كان المصحف محلي بحلية تبلغ نصاباً وحدها فبعض من لا يرى القطع بسرقة المصحف لا يقطع في الحلية لأنها تابعة لما لا يقطع في سرقة وبعضهم يرى القطع لأنه سرق نصاباً من الحلي فوجب قطعه كما لو سرقة منفرداً ولا خلاف في مذهب أحد على القطع في سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية^(٢) .

٧ - الثمر والسكر : فلا قطع في الثمار المعلقة ولا في سرقة السكر وهو جار النخل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر ولا في كثر » وإذا أحيط البستان بسور فلا قطع فيما سرق منه لكن إذا كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق من ثمارها نصاباً ففيه القطع لأنها سرقة من حرز^(٣) .

٨ - سرقة المحرم وأدوات اللهو : لا قطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأما آلات اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيها وإن بلغت قيمتها بعد كسرها نصاباً لأنها آلة للمعصية بالإجماع فلا يقطع في سرقتها كالخمر ولأن له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة تمنع القطع فإن كانت عليها حلية تبلغ نصاباً فلا قطع فيها على رأى وفيها القطع على رأى آخر .

وإذا سرق صليبا من ذهب أو فضة فلا قطع فيه على رأى وهو متفق مع ما يراه أبو حنيفة وفيه القطع على رأى آخر وهو مذهب مالك والشافعي والفروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصاباً فإن كانت أقل من

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٤٧ (٢) المغني ج ١٠ ص ٢٤٩ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

النصاب فلا خلاف في المذهب على عدم القطع .

وإن سرق آنية من الذهب أو الفضة قيمتها نصاب بعد الكسر ففيها القطع وإذا اتصل مالا قطع فيه بما فيه القطع ففي المذهب رأيان : الأول : لا قطع فيها ولو بلغ نصابا وحده لأنه تابع لما لا قطع فيه وهو مذهب أبي حنيفة والرأي الثاني فيه القطع إذا بلغ نصابا وحده وهو مذهب مالك والشافعي ^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية قريب من مذهب مالك والشافعي فعندهم أن المال المسروق يعاقب عليه بالقطع إذا كان مما يجوز للمجنى عليه تملكه في الحال فإذا لم يكن يجوز له أن يملكه كالخمر والخنزير والكلب والميتة وغيرها فلا قطع فيه إذا سرقه من مسلم أما إذا سرقه من ذمي فلا قطع إذا سرقه من بلد ليس للذمي سكنه فإذا سرقه من بلد لهم سكنه فهناك خلاف في القطع ^(٢) .

ويرى الزيدون أن لا قطع في سرقة النابت أو في أخذه من منبته ولا فرق بين أن يكون شجرا أو زرعاً ^(٣) .

ومذهب الظاهريين على القطع في سرقة المال أيا كان سواء كان تافها أو مباح الأصل أو معرضا للتلف وهم يرون القطع في سرقة كل ثمر وكل كثر معلقا كان في شجره أو مجزوزاً أو في جرير أو في غير جرير ويرون القطع في كل طعام كان مما يفسد أو لا يفسد ويرون القطع في الزرع إذا أخذ من فدانته أو هو بأندره ^(٤) .

ويرى الظاهريون القطع في سرقة الطير كلما كان مملوكا للمجنى عليه وفي سرقة الصيد كلما تملكه المجنى عليه ^(٥) .

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٩ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٣٣ ، ٣٤٣ .

ويرون القطع على من سرق مصحفاً أو كتباً من كتب العلوم^(١) .
ويرون القطع على من سرق صليباً أو فضة أو ذهباً ومن سرق دراهم فيها
صور وأصنام إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد الكسر^(٢) .
ولسكن الظاهريين لا يرون القطع في سرقة الخمر والخنزير وأما الميتة فيقطعون
فيها لأن جلدتها باق على ملك صاحبها يدبغه فينتفع به ويبيعه^(٣) وظاهر من هذا
أن الظاهريين يرون ما يراه مالك والشافعي من قطع السارق إذا سرق ما يجب
فيه القطع متصلاً بما لا يجب فيه القطع .

٦٠٨ - ثالثاً - أنه يكون المال محرراً : يشترط جميع فقهاء الأمصار
الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقة
ولا يخالفهم في ذلك إلا الظاهريون وطائفة من أهل الحديث حيث يرون القطع
على السارق إذا سرق نصاباً ولو من غير حرز وأن اشتراط الحرز باطل بيقين
لاشك فيه وشرع لما يأذن الله تعالى به^(٤)

والأصل في اشتراط الحرز عند من يشترطه ما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن رافع بن خديج أنه قال « لا قطع في ثمر ولا كثر » رواه الخمسة
وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الثمر المعاق فقال « من أصاب منه بغية من ذى حاجة غير متخذ خفية فلا شيء »
عليه ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن
يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع » رواه النسائي وأبو داود وفي رواية
قال سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجزية التي
توجد في مراتعها قال « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطفه ففیه
القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجن » قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها
في أكمامها قال « من أخذ نعمة ولم يتخذ خفية فليس عليه شيء » ومن احتمل
فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففیه القطع إذا بلغ ما يؤخذ

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ (٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٥

من ذلك ثمن الجن « رواه أحمد والنسائي ولابن ماجه معناه وزاد النسائي في آخره « وما لم يبلغ ثمن الجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ^(١) » .

ويرى جمهور الفقهاء أن رسول الله منع القطع في الثمر المعلق أو حريسة الجبل حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن وأنه عليه السلام علق القطع بآبواء المراح والجرين والمراح حرز الإبل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل ذلك على أن الحرز شرط في القطع وفوق هذا فإن ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقق ركن السرقة كذلك فإن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطاع السراق عن أموال الناس والأطاع إنما تميل إلى ماله خطر في القلوب وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الأطاع إليه فلا حاجة إلى صيانتها بالقطع ^(٢) .

٦٠٩ - ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان :

١ - حرز بالمطامير وحرز بنفسه : وهو عند مالك أما عند أبي حنيفة

فحرز المسكان هو كل بقعة معدة للأحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كاللور والحوانيت والخيم والفساطيط وزرائب المواشي والأغنام ويشترط أبو حنيفة في الحرز بالمسكان أن يكون مكاناً مبنياً سواء كان بابه مغلقاً أم مفتوحاً وسواء كان له باب أم لا ، لأن البناء يقصد به الأحراز كيفما كان ^(٣) .

ولا يشترط مالك أن تكون المرائب والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المسكان لحفظ المال أو الاعتقاد على حفظ

(١) نيل الأوطار ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ - المفتي ج ١٠ ص

٢٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - شرح فتح البدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٦ .

المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبه^(١)
أما عند الشافعي وأحمد فالحرز بالمكان هو كل مكان مغلق معد لحفظ
المال داخل العمران كالبيوت والدكاكين والحظائر^(٢).

فحرز المكان لا يكون كذلك عندهما إلا إذا توفرت فيه شروط أولها: أن
يكون في العمران فإن كان المكان خارج عمارة البلدة أو القرية أو منفصلاً
عن مبانيها ولو بستان فهو ليس حرزاً بالمكان. الثاني أن يكون مغلقاً فإذا
كان بابه مفتوحاً أو ليس له باب أو كان بمخاطة نقب أو تهدم جزء منه فهو ليس
حرزاً، ولا يشترط أن يكون المكان مبنيًا بالحجارة أو اللبن بل يكفي أن
يكون بحالة تتفق مع المتعارف عليه وما جرت به العادة فالمسكن تبني من
الحجارة أو الطين أو الخشب والحظيرة قد تبني من الطين أو الخشب أو القصب أو الخطب^(٣)
والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمرمد
والمراح بحيث يمنع الخارج من الدخول وإن لم يمنع الداخل من الخروج ويكفي لاعتبار
المكان محصناً أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر
ويموز أن يكون حوله خندق على رأى ويجب أن يكون له باب فإذا كان
كذلك فهو حرز بنفسه فإذا لم يكن عليه باب فلا يكون حرزاً إلا بحارس^(٤)

٢ - حرز بالحفاظ أو مرز بغيره : هو عند أبي حنيفة كل مكان غير معد
للإحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء
إن لم يكن هناك حافظ أى أنه لا يعتبر حرزاً فإن كان هناك حافظ فهو حرز
ولهذا سمي حرزاً بغيره حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ^(٥)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ ، ١٠٠ - المدونة ج ١٦ ص ٧٩ - بداية المجتهد

ج ٢ ص ٣٧٥ (٢) المغنى ج ٩٠ ص ٢٥٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ٨١
أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٣) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ - المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٢ كشف

القناع ج ٤ ص ٨١ ، ٨٢ .

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠ (٥) بغانع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ .

فمن تعطلت سيارته في الطريق العام فتركها بلا حافظ عندها فهي في غير حرز وإن ترك عندها من يحفظها فهي في مكان محرز بالحافظ ، والمسجد ليس مكاناً معداً لحفظ المال ولا يتوقف الدخول فيه على إذن ما فلا يعتبر حرزاً بنفسه إلا فيما يتعلق بالأشياء اللازمة له كالخصر والقناديل وما أشبه فمن دخله للصلاة ومعه متاع فوضعه بجواره فإن المتاع يكون محرزاً بالحافظ فإذا تركه صاحبه في المسجد فسرق فلا قطع فيه لأن المسجد ليس حرزاً بنفسه ولأن الحافظ لم يكن موجوداً وقت السرقة فلم يكن المتاع محرزاً أما إذا سرق المتاع في حالة وجود الحافظ فالقطع واجب في السرقة إذا توفرت أركانها ومن الأمثلة على ذلك حادثة صفوان فقد كان دائماً في المسجد يتوسد رداءه فسرقه سارق فقطع الرسول يده أما مالك والشافعي وأحمد فيرون أن الحرز بالحافظ هو كل مكان محرز بالحافظ سواء كان معداً لأحراز المال كالبيوت أو غير معد لحفظ المال كالمساجد والطرق والصحراء^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن ما يعتبر حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ، ذلك أن كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع سواء أكان ثمة حافظ أم لا وسواء كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له ، وإذا سرق من حرز بغيره قطع إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه سواء كان الحافظ نائماً أم مستيقظاً لأنه يقصد الحفظ في الحالين ، ويرتب أبو حنيفة على اعتبار كل حرز بنفسه نتيجة هامة هي أن الحرز بالمكان إذا اختل « وهو لا يختل عنده إلا بالإذن للسارق في دخول الحرز » فلا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ ولو كان في الحرز حافظ فعلاً^(٢) .

أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه ويجوز عندهم أن يكون

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٥٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٣ - شرح الزرقاني

ص ١٠١ ، ١٠٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ .

الحرز في وقت واحد حرزاً بالمسكان وفيه حافظ فإذا اختل الحرز بالمسكان كان حرزاً بالحافظ ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعته عليها حافظ فيقطع لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ^(١) على أننا يجب أن نلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يتفقون على ما يخل بحرز المسكان فمالك يرى أن حرز المسكان لا يخل إلا بالإذن للشارق بدخول الحرز وهو رأى أبي حنيفة^(٢).

والظاهر أن الشيعة الزيدية ترى رأى الشافعي وأحمد في أن الحرز يبطل بفتح الباب والنقب والإذن^(٣).

أما الشافعي وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والنقب وفتح الباب كل منها يخل بحرز المسكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ^(٤). ويرى مالك وأبو حنيفة أن المسكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشيء المسروق واقعاً تحت بصر الحافظ وبستوى أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً لأنه وجد للحفظ ويقصده في الحالين^(٥) ولأن النائم عند متاعه يعتبر حافظاً له في العادة ويشترط المالكية أن يكون الحافظ مميزاً فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلا يعتبر وجوده ولا يكون الشيء محرزاً ولا يشترط الحنفية هذا الشرط، ويستثنى المالكيون والحنفيون من هذه القاعدة سرقة الغنم في المراعى فلا قطع على سارقها لتشتت الغنم وصعوبة حفظها أثناء الرعى على رأى المالكية ولأن

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ المغني ج ١٠ ص ٢٥١ ، ٢٥٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ (٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧ ، ٣٧٢ (٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٠٥ ، ٣٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ المغني ج ١٠ ص ٢٩٨ ، ٢٩٩

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ وكذلك حاشية الشيباني - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٨٠

الراعى لا يقصد الحفظ وإنما يقصد الرعى على رأى الحنفية^(١).

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الحنفية فهم على رأى الراجح يعتبرون المكان محرزاً بالحفاظ إذا كان ثمة حافظ سواء كان متيقظاً أو نائماً وإن كان بعضهم يشترط أن يكون يقظاً^(٢).

أما الشافعى فيعتبر المكان محرزاً بالحفاظ كلما كان الحافظ ممن يبالى به لقوته أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع ويشترط فى الحفاظ أن يكون من المتاع الذى يحفظه وأن يديم ملاحظته والمراد من إدامة الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره مما يشغله عن الملاحظة والمقصود الإدامة المتعارفة فالفترات العارضة أثناء الملاحظة لا تقدر فى الأحراز على المشهور للعرف فإذا تغفل فسرق قطع فى الأصح والمقصود من القرب أن يقع المسروق تحت بصر الملاحظ وأن يكون الشيء بحيث ينسب للملاحظ وأن يكون الملاحظ بحيث يراه السارق حتى يمتنع عن السرقة إلا بتغفله فإن كان فى موضع لا يراه السارق اعتبر المسروق غير محرز. وإذا كان الحارس ممن لا يبالى به لعدم قوته أو لعدم استغاثته كأن يكون فى صحراء فلا يسمع صوته أحد فلا يعتبر الشيء محرزاً وإذا نام الحارس فلا يعتبر الشيء محرزاً إلا إذا كان يلبس الشيء المسروق كحذاء مثلاً أو عمامة أو يتوسده كجلباب أو فراش أو يتكئ عليه أو يلتف فيه.

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع بصر الحارس على الشيء باستمرار وفى أى وقت شاء اعتبر الشيء غير محرز^(٣).

ويعتبر أحد المكان محرزاً بالحفاظ كلما وجد فيه حافظ أيا كان صغيراً أو كبيراً ضعيفاً أو قوياً ولا يشترط فى الحفاظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة ويجب أن يكون بحيث يقع بصره على الشيء فإذا فرط فى

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ١٠١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

(٣) أسنى الطالب وحاشية شهاب الرملى ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩

وما بعدها - المذهب ج ٢ ص ٢٩٦

للملاحظة فلا حرز وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكنناً عليه أو يلتف فيه أو يلبسه^(١).

ويرى الشافعي وأحمد أن الدور المنفردة عن العمران والدور التي في البساتين والطرق والصحراء لا تعتبر حرزاً بنفسها ولو كانت حصينة وإنما تعتبر حرزاً بالحفاظ إذا كان فيها أهلها أو حافظ ملاحظ سواء كانت مغلقة أو مفتوحة فإن لم يكن بها حافظ فليست حرزاً ولو كانت مغلقة فإن كان بها حافظ نائم وهي مغلقة فهي حرز بالحفاظ فإن كانت مفتوحة فليست حرزاً^(٢).

وما يقال عن الدور ينطبق على كل الأمكنة المعدة لحفظ المال الخارجة عن العمران كالاصطبلات وحظائر المواشي والأغنام والأجران فإنها لا تعتبر حرزاً بالسكان وإنما تعتبر حرزاً بالحفاظ^(٣).

ولقد قلنا من قبل إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معداً لحفظ المال دون حائط في العادة ويترتب على هذا التعريف أنهما يعتبران الخيام والمضارب وما أشبه إحرازاً بالحفاظ لا بنفسها وحجتهما أن العادة جرت بأن تحرز هذه الأشياء بالحفاظ وعلى هذا فإذا نصبت الخيمة وكان فيها حافظ نائم فهي محرزة به فإن لم يكن فيها نائم وكان في خارجها من يلاحظها فهي محرزة وإن لم يكن فيها ولا عندها حافظ فسرقت منها شيء فقد سرق من غير حرز وهذا هو الحكم سواء ضربت الخيمة بين المساكن أو في مكان بعيد عن العمران^(٤). أما مالك وأبو حنيفة فيعتبران الخيام إحرازاً بنفسها فإذا ضربت الخيمة فسرقت منها شيء ففيه القطع سواء كان هناك حارس أم لم يكن^(٥).

-
- (١) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها - الاقناع ج ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها
 (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ - المغني ج ١٠ ص ٢٥١ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١
 (٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤
 (٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - المغني ج ١٠ ص ٢٥١
 (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩

وعند الشيعة الزيدية أن الخيام تعتبر حرزاً بنفسها ما دامت مغطاة تحجب ما بداخلها فإذا كانت سماوية وهى التى لا سجاف لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ^(١).

وما يراه الفقهاء فى اعتبار المكان حرزاً لنفسه ولو لم يكن به حافظ يتفق مع ما جاء به القانون المصرى من التشديد فى السرقة من البيوت المسكونة أو المعدة للسكن فقد شددت العقوبة للسرقة من هذه الأماكن سواء كان فيها حافظ أم لا ، كذلك يتفق القانون المصرى مع ما يراه مالك وأبو حنيفة من أن الحرز لا يحتل بفتح الباب أو النقب وإنما يحتل بالإذن بدخول الحرز . فلو سرق شخص من بيت منقوب أو مفتوح الباب فقد سرق من بيت مسكون أو معد للسكن . ولكنه لو سرق من مسكن أذن له بدخوله فلا يعتبر التشديد فى هذه الحالة . وما يراه الشافعى وأحمد فى البيوت البعيدة عن العمران يقترب مما جاء به القانون المصرى عن البيوت والحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان يبيت بها أحد .

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز فى حكم سرقة نفس الحرز فى أبو حنيفة فى حالة سرقة الحرز بالسكان أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع لأن السرقة تقتضى الإخراج من الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا إخراج ، فمن سرق باب الدار أو حجارة من حائطها لا يسرق من حرز ولو أنه يسرق نفس الحرز ومن يسرق فسطاطاً مضروباً وهو حرز بنفسه عند أبى حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز ولم يسرق من الحرز . بعكس ما لو كان الفسطاط غير مضروب ويجواره شخص يحرسه فإن القطع يجب فيه لأن السرقة تكون من حرز بالحافظ^(٢) . أما الأئمة الثلاثة فيرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته فالخائط محرز بينائه والباب محرز بتثبيته والفسطاط وهو

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٣٦ - التفرع الجنائى الإسلامى ٢)

حرز بنفسه عند مالك يحرز بإقامته فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنسوب قطع في سرقته^(١).

أما إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال كسرقة جمل نام عليه راكبه فلا قطع فيها عند الجميع لأن يد الحافظ لم تنزل عن الجمل فإذا استيقظ الحافظ بعد ذلك فالفعل اختلاس إذا أزيلت يده عن الجمل ، ويعلل أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أن الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذها جميعاً فهو كما لو سرق أجزاء الحرز^(٢).

أما إذا أنزل النائم عن الجمل فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهي سرقة يقطع فيها عند أبي حنيفة ومالك وأحمد ولكن الشافعيين اختلفوا في هذه فرأى بعضهم القطع ولم يره البعض الآخر مع أن تطبيق قواعدهم يقتضي القول بالقطع^(٣) ومذهب الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة فهم يرون من سرق نفس الحرز لا يقطع لأنه محرز به على غيره وليس هو في ذاته محرزاً فن سرق الباب لا يقطع فيه إلا إذا كان مكلاً أي مركباً من داخل بحيث يصير داخل الحرز ، فإذا سرق فقد سرق من الحرز^(٤).

والقائلون بالحرز متفقون على أن الحرز يبطل بالإذن بدخوله . وأن هذا الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذناً وما لا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز وما لا يبطل . هذه هي آراء الفقهاء في الحرز واختلافاتهم ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم في التطبيقات الآتية :

إذا كان لإنسان منزل في وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرقة منه شيئاً فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ولو كان في الدار حافظ يحفظ الشيء

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٣ شرح الزرقاني وحاشية

الشياني ص ١٠١

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

المسروق أو كان صاحب المنزل يتوسد المسروق أو ينام عليه لأن الدار حرز بنفسها فلا تكون حرزاً بالحافظ وقد خرج من أن يكون حرزاً بالإذن للسارق بدخولها فالأخذ من غير حرز ولا قطع فيه^(١) .

ويرى مالك أن الإذن يخرج الدار من أن تكون حرزاً بنفسها ولكنها تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ وإذن فالسرقة من حرز بالحافظ وفيها القطع ويستوى أن يكون الحافظ للشيء المسروق نائماً أو متيقظاً مادام الشيء واقعاً تحت بصره^(٢) .

ويرى الشافعي وأحمد ما يراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق بشرط دوام للملاحظة على ما بيننا فيما سبق فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه^(٣) ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأي مالك وإن كان بعضهم يرى رأي الشافعي وأحمد^(٤) ولا خلاف بين القائلين بأن الحرز يكون حرزاً بالحافظ في أنه لو كان الشيء المسروق بعيداً عن الحافظ ولا يقع بصره عليه فإن السرقة تكون من غير حرز ، حيث أن الدار خرجت بالإذن من أن تكون حرزاً بنفسها ، ولأن الشيء المسروق لم يكن محرزاً بحافظ ، ويمكننا أن نقيس على المثل السابق كل حرز آخر مما يعتبر حرزاً بنفسه .

وإذا أذن إنسان لآخر بدخول منزله البعيد عن العمران ، فالحكم عند أبي حنيفة لا يختلف عن الحالة السابقة لأن البيت حرز بنفسه ولا فرق عند أبي حنيفة بين أن يكون داخل العمران أو خارجه ولأن الحرز يبطل بالإذن عند أبي حنيفة ولو كان فيه حافظ ولأن وجود الحافظ في حرز بنفسه لا اعتبار

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٠٠ ، ٢٠١

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

له ، والحكم عند مالك لا يختلف عن الحالة السابقة لأنه لا يفرق بين المنازل الداخلة في العمران والخارجة عنه فالبيت حرز بنفسه في كل حال وإذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحفاظ كلما وجد الحافظ ، أما عند الشافعي وأحمد فالبيت لا يعتبر أصلاً حرزاً بنفسه لبعده عن العمران ، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له ، ولا يقطع في السرقة من مثل هذا البيت إلا إذا كان ثمة حافظ على التفصيل الذي سبق بيانه عندما تعرضنا للحافظ وللبيوت الخارجة عن العمران ، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعي وأحمد حرزاً بنفسه بأي حال وإنما يعتبر حرزاً بالحفاظ إذا وجد الحافظ^(١) .

ورأى الشيعة الزيدية في هذه المسألة يتفق مع رأيهم في المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين ما دخل في العمران وما خرج عنه وإذا أذن للسارق إذناً خاصاً في دخول الدار الكائنة في العمران وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على السارق مادام المكان المسروق منه جزءاً من الدار المأذون في دخولها لأن الدار الواحدة حرز واحد ، والإذن بدخول بعض الحرز وهو إذن بالدخول في الحرز ، فإذا سرق من مكان مغلق فقد سرق من مكان مأذون له في دخوله وقد بطل بالإذن أن يكون حرزاً فالسرقة من غير حرز ولو كان هناك حافظ^(٢) ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأي أبي حنيفة^(٣) إلا إذا كان حافظ فيجب القطع .

وفي مذهب مالك رأيان أحدهما يرى عدم القطع لأن الإذن يبطل الحرز والثاني يرى القطع على أن أصحاب الرأي الأول يرون القطع إذا كان ثمة حافظ^(٤)

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - نهاية المحتاج

ص ٤٢٩ - المفتي ج ١٠ ص ٢٥١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ (٣) شرح الازهار ج ٧ ص ٣٧٢

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ وحاشية الشيباني ص ١٠٣ ، ١٠٤

أما الشافعي وأحمد فيريان قطع السارق ولو لم يكن هناك حافظ لأن الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ولم يصرح للسارق بدخوله وعلى هذا فإن الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنه لا يبطل البعض الآخر ويفرق أحد في حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان المضيف قد منع قراه أم لا فإن كان منعه قراه فسرقه بقدره فلا قطع عليه وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع^(١).

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب مالك والشافعي^(٢).

أما إذا كانت الدار خارج العمران فلا يختلف الحكم عند أبي حنيفة ومالك والشيعة الزيدية . أما عند الشافعي وأحمد فلا يقطع السارق إلا إذا كان هناك حافظ لأن الدار لا تعتبر عندهما حرزاً بنفسها وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ وإذا كان المكان المسروق منه معداً لحفظ المال ومما يؤذن للناس بدخوله إذناً عاماً كبيت طيب يقابل فيه مرضاه أو عالم يحاضر فيه الجمهور فسرق السارق من مكان محجور عن العامة وغير مسموح بدخوله فالحكم على التفصيل السابق بيانه في البيوت المأذون بدخولها إذناً خاصاً . إلا أنهم في مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف وهو قطع السارق ولو لم يكن حافظاً وينبغي أن نعلم أن ذلك هو حكم السرقة الحاصلة في وقت الإذن فإن حصلت في وقت غير مأذون فيه بالدخول فمقوبتها القطع حتى عند أبي حنيفة^(٣).

والحالات العامة التجارية والحالات المعدة لحفظ المال كالحلات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبهه، إذا سرق منها أثناء العمل فيها أي أثناء الإذن بالدخول فلا قطع في السرقة في رأى أبي حنيفة ولو كان على المسروقات حارس أما إذا كانت السرقة في وقت غير مأذون فيه بالدخول كأن كانت بعد غلق المحل أو في الليل ففيها القطع^(٤).. ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع إذا كانت السرقة في وقت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ - المتن ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ (٣) تراجع المراجع السابقة

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

الإذن وكان ثمة حافظ فإذا لم يكن حافظ فلا قطع إلا إذا حصلت في غير وقت الإذن ، ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق من أفنية المحلات التجارية وقت الإذن ولو لم يكن عليها حافظ خاص لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم فتعتبر محرزة بالحافظ^(١).

ويعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال فهو حرز بنفسه فإذا سرق منه وقت الإذن بالدخول فلا قطع من السرقة ولو كان هناك حافظ على رأى أبي حنيفة ، وفي السرقة القطع إذا كان هناك ثمة حافظ على رأى الشافعي وأحمد ، أما مالك فيرى القطع إذا دخل السارق وقت الإذن إذا دخل يقصد السرقة ولو لم يكن هناك حافظ فإن لم يقصد السرقة ثم سرق قطع إذا كان حارس^(٢) وإذا كان الحبل غير معد لحفظ المال كالمسجد فيرى أبو حنيفة أنه حرز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله الحبل ، فحصر المسجد وقناديله وما فيه من ثريات كهربائية أو ستائر أو أغطية أو مصاحف كل ذلك إذا سرق فلا قطع فيه إلا إذا كان حافظ لأن المسجد لم يعد أصلاً لحفظ المال ، وإذا دخل أجد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز أما إذا كان يلاحظها فسرت منه ففي السرقة القطع لأن السرقة من حرز بالحارس ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعمل عدم للقطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له ولكن رأى الراجح أن عدم القطع راجع لانعدام الحرز^(٣).

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٩ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها

(٢) شرح الزرقاني ص ١٠٢ ، ١٠٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ - الزيلعي ج ٣ ص ٢٢١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

ونرى مالك أن المسجد في أصله ليس حرزاً بنفسه ولكن بقاء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالحصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه فالخائط يعتبر حرزاً بنفسه ، وباب المسجد حرز بنفسه ، وسقف المسجد حرز بنفسه ، وقناديله محرزة بنفسها وهكذا ، فمن سرق من بناء المسجد أو أدواته المعدة للاستعمال فيه فقد سرق من حرز بنفسه . ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد بل يكفي أن يزيل الشيء عن مكانه . لأن كل شيء يعتبر حرزاً مستقلاً بنفسه ، فإذا أزال البساط عن مكانه تمت السرقة دون حاجة لأن يخرج به من الباب ، وإذا أزال خشبة من السقف تمت السرقة دون حاجة للخروج من الباب وهكذا .. أما الأموال التي توضع في المسجد بصفة مؤقتة كلباس المصلين وأحذيتهم وحصير أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلي عليها هو أو غيره فسرقة هذه وأمثالها لا قطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلاً ، لكن إذا كان عليها حارس يلاحظها ففيها القطع لأن السرقة تحدث من حرز بالحفاظ^(١) . ويفرق بعض المالكية في أدوات المسجد بين المثبت والمسر منها والمشدود بعضه إلى بعض كالقناديل المسمرة المشدودة بالسلاسل والبلاط المثبت والحصر المسمرة أو الخيط بعضهما في بعض فهذه في سرقتها القطع أما غير المثبت فلا قطع فيه .

وعند الشافعي أن المسجد في أصله ليس حرزاً بنفسه^(٢) ولكنه يعتبر حرزاً بنفسه فيما جعل لمارته كالبناء والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينة كاستائر والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً مجمولاً للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان . أما ما أعد لا تنفع الناس به كالحصر والأبسط والمصاحف والقناديل المعدة للإضاءة فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ولو أن السرقة من حرز بالحفاظ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام وحق السارق في الانتفاع بها شبهة تدرأ الحد .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٩ ، ٣١٣ والتاج والاكمل

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٨ .

هذا إذا كان السارق له حق الانتفاع فإذا لم يكن له حق الانتفاع كذمي مثلاً أو كان المسجد خاصاً لطائفة معينة فالقطع على السارق وكذلك يقطع السارق بسرق أمتعة المصلين إذا كان حافظ لأن السرقة من حرز بالحافظ^(١). وفي مذهب أحمد رأيان في السرقة من المسجد أحدهما يتفق مع مذهب الشافعي والثاني يتفق مع مذهب أبي حنيفة^(٢).. وحجة أصحاب الرأي الثاني أن المسجد لا مالك له من المخلوقين وأنه معد للانتفاع العام فكان الانتفاع شبهة تدرأ الحد سواء اعتبرت السرقة من حرز بنفسه أو حرز بالحافظ.

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لممارته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعة وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحافظ نخادم المسجد إذا سرق متاعه فهو مسروق من غير حرز ما لم يكن حافظ، والمصلي إذا سرق متاعه فكذلك^(٣). ولا يقر الظاهريون الحرز ولذلك فهم يوجبون قطع من سرق من مسجد باباً كان مطلقاً أو غير مطلق أو حصيراً أو قنديلًا أو شيئاً وضعه صاحبه هنالك ونسيه كان صاحبه معه أو لم يكن^(٤). وحكم المعابد والسكناس حكم المساجد^(٥) ويقاس عليها كل مكان لم يعد لحفظ المال كالسكتاتيب والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال وكذلك المقامى وما أشبهه.

وينبغي أن نلاحظ أن الشافعي وأحمد يفرقان بين المحلات السكائنة في العمران وما هو كائن خارج العمران وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضى القول بأنه لا قطع في بناء المسجد ولا ما أعد لتحصينه أو عمارته أو زينته إذا كان المسجد خارج العمران إلا كان ثمة حارس على ما سرق من المسجد^(٦).

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ - أسنى الطالب ج ٤ وحاشية الرمل ص ١٤٠.

(٢) المغني ج ١٢ ص ٢٥٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣.

(٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧١ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٢٩.

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ (٦) المغني ج ١٠ ص ٢٥٥.

وإذا كان رجل في القلعة أو في الطريق ومعه حقيبة أو غرارة بها أمتعته أو كان معه سيارة تعطلت أو دابة أو أى شيء آخر وجلس عندها يحفظها فسرق منه ، فالعقوبة قطع السارق عند مالك وأبى حنيفة سواء وقعت السرقة والحافظ نائم أو متيقظ بشرط أن يغافله السارق ويسرق الشيء دون أن يراه ؛ فإن رأى السارق وهو يسرق فالفعل اختلاس لاسرقة لأن الأخذ لم يكن خفية ولا قطع في الاختلاس ، أما الشافعي فيرى قطع السارق إذا كان الحافظ متيقظاً فإن نام فلا قطع إلا إذا توسد الغرارة أو نام فوقها^(١) .

وإذا سرق الجاني فسطاطاً ملفوفاً وضعه المجنى عليه في الطريق أو القلعة وبقي عنده يحفظه فالحكم ماسبق فإن تركه وحده دون حارس فسرق فالسرقة لا قطع فيها باتفاق لأنها سرقة من غير حرز .

وإذا ضرب الفسطاط ووضعت بداخله أمتعة فسرق منها شيء فيرى مالك وأبو حنيفة القطع في السرقة لأن الفسطاط حرز بنفسه فإذا سرق منه شيء فهي سرقة من حرز يقطع فيها ولو لم يكن هناك حافظ ، أما الشافعي وأحمد فلا يريان قطع إلا إذا كان على الفسطاط حافظ لأنه ليس حرزاً بنفسه في رأيهما^(٢) .

وإذا سرق السارق نفس الفسطاط المضروب فلا قطع عليه عند أبي حنيفة لأنه سرق نفس الحرز ، وسرقة الحرز عنده لا قطع فيها وعلى السارق القطع عند مالك لأن الحرز محرز بإقامته ، أما الشافعي وأحمد فيريان القطع في سرقة الحرز كمالك ولكهما يشترطان في سرقة الفسطاط نفسه أن يكون هناك حافظ لأنهما لا يعتبرانه حرزاً بنفسه كما يعتبره مالك وأبو حنيفة .

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار وبعض أجزاء حائطها فيرى أبو حنيفة

(١) بدائع الصنائع - ج ٧ ص ٧٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢

شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ - المفتى ج ١٠ ص ٢٥١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٤٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١

أن الباب إذا كان مركباً فهو جزء من الحرز كالحائط ، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فسكانه سرق من غير حرز ولا قطع في سرقة . أما إذا كان الباب غير مركب وموضوعاً داخل الحرز فإن سرقة تكون من حرز وفيه القطع وكذلك الحال في بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحاً أو الحائط منقوباً لأن فتح الباب والنقب لا يبطل الحرز في رأى أبي حنيفة . أما الأئمة الثلاثة فيرون أن سرقة الباب وبعض أجزاء الحائط سرقة من حرز يقطع فيه لأنها تعتبر محرزة بإقامتها وتثبيتها فالحائط محرز بإقامته والباب محرز بتركيبه وحلقة الباب محرزة بتسميرها وهكذا . أما إذا كان الباب مخلوعاً وموجوداً داخل الحرز وكذلك بعض أجزاء الحائط ففيها القطع أيضاً عند مالك لأن الحرز لا يبطل عنده بالنقب وفتح الباب ، أما عند الشافعي وأحمد فلا قطع إذا لم يكن هناك باب أو كان هناك باب أو كان هناك نقب أو هدم في الحائط مالم يكن حافظ فإن كان حافظ ففي السرقة القطع^(١) .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الإنسان يعتبر حرزاً لكل ما يلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها أو يصغير آخر يعتبر كل ما يلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزاً بحافظ وهو الإنسان .

فن نسل من آخر نقوداً كانت في جيبه أو في ثيابه قطع بالسرقة^(٢) ويعبر عن النشال بالطرار . والنشل الذي يحدث خفية هو الذي فيه القطع أما ما يحدث والحنى عليه منتبه له فهو اختلاس ، ويستوى أن يقطع النشال ملابس الحنى عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود^(٣) .

(١) المنى ج ١٠ ص ٢٥٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٧ ، ١٤٠

شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣

(٢) الدونة ج ١٦ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - المنى ج ١٠ ص ٢٦٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

وإن سرق من القطار بغيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتسكن فيه شبهة العدم لأن السائق والراكب والقائد يقصدون قطع المسافات ونقل الأمتعة ولا يقصدون الحفظ فإن كان مع الأحمال من يثبتها للحفظ قطع ولكن إذا شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذه الحالة حرز بنفسه لأنه معد لحفظ الأمتعة^(١).

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد لحافظ للجمل الذي بيده فقط عندنا (أى عند أبي حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا الضت إليها حافظ للسكل فالسكل محرزة عندهم بقوده . . وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشقه إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبي حنيفة لأن الغرارة - زلما فيها وإن أخذها بمالها دون أن يشقه لم يقطع لأنه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة لأن الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ وإنما للحمل وحتى إذا ركب الجمل صاحبه فإن الغرارة لاتعتبر محرزة بحافظ لأنها حرز بنفسها فإذا أخذها السارق فقد أخذ نفس الحرز^(٢) أما إذا سرق الجمل وراكبه فلا يقطع لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروق ، ويرى أن ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة فإذا أخذ الغرارة كلها أو شقه فأخذ منها فعليه القطع وكذلك لو سرق الدابة وعليها الغرارة مادامت الدابة في حرز مثلها^(٣) كأن كانت باركة في مراح أو سائرة في قطار^(٤).

أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران الغرارة محرزة بنفسها وتعتبر أنها محرزة بالحافظ فإذا سرق شخص الغرارة أو شقه فأخذ منها قطع بسرقة إذا كان هناك حافظ ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه إن كان ثمة حارس ، فإن كان

(٢) بدائع الصنائع ص ٧٤

(١) شرح فتح القدير ص ٢٤٦

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ، ٨٠

الحافظ راكباً الجبل فلا قطع^(١) لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروقات^(٢) .
ومذهب الشيعة في هذه المسألة كذهب أحمد والشافعي لأن يعتبرون
الجوالق حرزاً بالحارس^(٣) .

وإذا سرق الجاني بغيراً أو شاة أو بقرة من المرعى لم يقطع عند أبي حنيفة
سواء كان الراعي معها أم لم يكن أما إذا سرقها من المراح التي تأوى إليه فيقطع
سواء كان معها حافظ أم لا لأن المراح حرز بنفسه وحجة أبي حنيفة أن المرعى
لا يعتبر حرزاً بنفسه ولا يعتبر حرزاً بالحافظ ولو أن الراعي موجود لأنه يوجد
للرعى لا للحراسة وإن كانت الحراسة تحدث فعلاً بوجوده بخلاف المراح فإنه
أعد لحفظ المال وخصص لهذا الغرض ويشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو
الخطيرة حرزاً بنفسه أن تكون مسورة وعليها باب^(٤) .

ويرى مالك ما يراه أبو حنيفة في سرقة الدواب والماشية في المرعى فلا قطع
في سرقتها مع وجود الراعي ، أما إذا سرقت من المراح أو الخطيرة ففي سرقتها
القطع وإذا سرقت فيما بين المرعى والمراح مع وجود الحافظ فالبعض يرى القطع
والبعض لا يراه .

والإبل المقطرة عند مالك تقطع في سرقتها سائرة أو نازلة مجتمعة أو مقطرة^(٥)
ولا يشترط عند مالك أن يكون المراح أو الخطيرة مسورة أو لها باب بل
يكفى أن يعد المكان مراحاً أو موقفاً للدواب^(٦) .

ويرى الشافعي أن السائمة من إبل وخيل وبغال وحمير وغيرها تحرز في
المرعى بملاحظة الراعي لها بأن يراها ويبلغها صوته فإن نام عنها أو خفل عنها

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٤

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٥) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ١٠١ ، ١٠٢

(٦) شرح الزرقاني ص ١٠٠ - المدونة ج ١٦ ص ٧٩

فغير محرزة ، وإن استتر بعضها عنه فغير محرز ، ويرى البعض أنه يكفي أن يبلغها النظر ولو لم يبلغها الصوت . وتجوز السائمة في المراح بالمراح المسور والمعلق بابه سواء كان السور حطباً أم قصباً أم حشيشاً أم غير ذلك بحسب العادة . فإن كان المراح مفتوحاً أو خارج العمران فحرز بحارس وتجوز الدواب السائرة بسائق لها يراها كلها أو قائد لها يراها كلها على أن يكثر الالتفات أو بقيادة بعضها وسوق البعض الآخر فإن لم ير بعضها فهو غير محرز ^(١) .

ويرى أحمد ما يراه الشافعي ^(٢) ويزيد عليه أن الإبل تحرز وهي باركة إذا عقلت وكان معها حافظ ولو نام الحافظ لأن العادة أن صاحب الإبل يعقلها إذا نام ، وإن لم تعقل الإبل وكانت الإبل باركة والحافظ ينظر إليها بحيث يراها فهي محرزة فإذا نام أو انشغل عنها فهي غير محرزة .

والثمار المعلقة في أشجارها والزرع غير المحصود لا قطع في سرقتها إذا سرت وهي معاقبة أى قبل الجنى والحصد وكذلك لا قطع فيها بعد جنيها أو حصدها مالم تنقل إلى الجرن وهذا متفق عليه بين الفقهاء ولا يخالف فيه إلا الظاهريون حيث يرون القطع في الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق ^(٣) ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في الثمار والزرع ولو كانت محاطة بسور أو حائط . ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون قطع من سرق ثمرأ من شجرة نابتة في دار محرزة لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدار وفي مذهب مالك يرى أصحابه قطع من يسرق ثمرأ من بستان مسور له غلق والشافعيون يرون القطع في هذه الحالة إن كان ثمة حارس كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس .

فإذا قطع الثمر أو حصد الزرع فلا قطع فيه إلا إذا وضع في الجرن . على

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٢ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ ، ١٠٥ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٩٩

أن بعض المالكين يرون القطع فيما يسرق قبل النقل للجرن إذا سرقوا أو عكس
أكداساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد، لأنه يصير في حالة تتفق مع
حالته في الجرن. كما يرون القطع في السرقة أثناء النقل إلى الجرن إذا كانت حافظة.
وإذا وضعت الثمار والزرع في الجرن في سرقته القطع عند مالك والشافعي
وأحمد والشيعة الزيدية سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرن داخل
العران فإن كان الجرن خارج العران فلا يجب القطع عند الشافعي وأحمد إلا
إذا كان حارساً ، ويستوى أن يكون الثمر أو الزرع قد استحكم جفافه أم لا .
ولكن أبا حنيفة لا يقطع فيما سرق من الجرن إلا إذا كان الثمر أو الحاصل
المسروق منه قد استحكم جفافه لأنه يلحق ما لم يستحكم جفافه بالتافه ولا قطع
صنعه في تافه .

وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز في حق المأذون له على الوجه الذي
سبق بيانه فتطبيقاً لذلك لا يقطع الخدم في سرقة أموال مخدوميهم ، ولا الضيوف
في سرقة أموال من أضافهم ، ولا الأجير إذا سرق من موضع مأذون له في
دخوله ، ويقاس على هؤلاء كل من أذن له بدخول الحرز ، لأن الإذن بالدخول
يخرج الموضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً . وإذا أذن لشخص بأخذ
شيء من الحرز ولم يؤذن له في دخول الحرز فدخله وأخذ الشيء المأذون في أخذه
وسرق شيئاً آخر فلا قطع عليه لأن الإذن بأخذ المتاع يتضمن الإذن بالدخول
في الحرز والإذن بدخول الحرز يبطله في حق المأذون له فلا يشترط إذن ابن
يكون الإذن بالدخول صريحاً بل يكفي أن يكون ضمناً ويراعى فيما سبق الخلافات
التي سبق عرضها بين الفقهاء في حالة ما إذا سرق المأذون له من محل مغلوق^(١)
ويعتبر السارق مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان له حق الانتفاع به كالمستأجر

(١) بدائع الصنائع ص ٧٤ ، ٧٥ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ١٠٣ ، ١٠٤
أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ - المتني ج ١٠ ص ٢٥٣ ، ٢٥٧ - كشف القناع ج ٤
ص ٨٤ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٢ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ ، ٧٥ .

والمرتهن والمستعير فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة ، أو سرق الدائن المرتهن مالا لمدين من العين المرهونة أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المارة فلا قطع على أحدهم لأن لهم حق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضى دخول الحرز

أما المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حق الانتفاع لغيره ولذلك يقطع إذا سرق مالا من الحرز للمنتفع ، فالمؤجر إذا سرق مالا للمستأجر من الدار المؤجرة والمدين إذا سرق مالا للمرتهن من الدار المرهونة يقطع كل منهما بسرقة وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والشيعة ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة في إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد^(١) . ويقطع المعير إذا سرق مالا للمستعير من الحرز المعار وبهذا قال الشافعي وأحمد ، ولكن أبا حنيفة والشيعة الزيدية ، يرون أن لا قطع على المعير لأن المنفعة ملك له وله الرجوع في العارية متى شاء فيعتبر دخوله في الحرز رجوعاً وتكون السرقة من غير حرز^(٢) .

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مفصوباً منه ، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا فجاء صاحب الدار وسرق ما فيها من مال فلا تعتبر السرقة من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه في ملكية الحرز^(٣) . كذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فأنتهت الأجرة والرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو أهمل الرد^(٤) مع تمكنه من ذلك ففي هذه الحالة يكون المنتفع في حكم الفاصب^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ص ٧٥ (٢) المفتى ج ١٠ ص ٢٥٦ - أسنى المطالب ص ١٣٨

شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٤

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٥ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الرمل ص ١٤٦ .

٦١٠ - السرقات من الأقارب : وفي مذهب أبي حنيفة لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة فكان هناك إذن ضمنيا بالدخول فتكون السرقة من غير حرز فضلا عن أن القطع بسبب السرقة يقضى إلى قطع الرحم وذلك حرام والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام^(١) .

أما من سرق من ذى رحم غير محرم فيقطع بسرقة لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان فليس هناك إذن صريح ولا ضمنى بالدخول . والسرقة من محرم غير ذى رحم كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة مختلف عليها في المذهب ، فأبو حنيفة ومحمد يريان القطع فيها وأبو يوسف لا يرى القطع في حال السرقة من الأم ويقطع فيما عدا ذلك وحجته أن الإنسان يدخل بيت أمه من الرضاع دون إذن عادة فهناك إذن ضمنى بالدخول^(٢) .

ومن سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو حليمة ابنه أو من ابن امرأته أو أمها فلا قطع عليه إن كانت السرقة من منزل من يضاف إليه السارق من أبيه أو أمه أو ابنه أو امرأته لأنه مأذون له بالدخول في منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزاً في حقه . وإن سرق من منزل آخر فإن كانا فيه لم يقطع وإن كان اسكل واحد منهما منزل على حدة فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ويرى أبو يوسف ومحمد القطع وحجة أبي حنيفة أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من أن له زيارة قريبه وهذا يورث شبهة إباحة الدخول فيختل الحرز^(٣) .

هذا هو حكم السرقة من الأقارب في مذهب أبي حنيفة . أما الشافعي وأحمد فعندما أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل وسواء في ذلك الأب والأم والإبن والبنات والجد والجدة من قبل الأب والأم . لقول الرسول صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠

« أنت ومالك لأبيك » وتقول « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » وفي لفظ فكلوا من كسب أولادكم . ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وإن علا لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال . فأما سائر الأقارب كالإخوة والأخوات ومن عندهم فيقطع بسرقة ما لهم ويقطعون بسرقة ماله ^(١) .

ويرى مالك أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع فلا قطع على الجد والجددة لأب أو لأم والأب والأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم . ولكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم فلا يمضي مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ^(٢) ويرى بعض الشيعة الزيدية رأى مالك ويرى البعض أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا على الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين ذوي الأرحام المحارم ^(٣) .

أما الظاهر فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون القطع للقرابة ويرون أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » منسوخ بآيات الموارث ^(٤) .

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر فيرى مالك قطع السارق منهما إذا سرق مالا محجوراً عنه أى محرراً في مكانه مغلقاً لا يسمح له بدخوله ، فإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه . ويستوى أن يكون المال المحجور عنه في نفس المنزل الذي يقيان فيه أو في غيره ^(٥) . ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذي يقيان فيه أم من بيت

(١) - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ الملفي ج ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ (٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠

وحاشية الشيباني .

آخر لأن كلا من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه كما أنه ينتفع بماله عادة وهذا يوجب خللا في الحرز^(١). وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء أحدهما كراى مالك والثانى كراى أبى حنيفة والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محجوراً عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع الزوجة إذا سرق ما حجب عنها من مال الزوج وحجتهم أن الزوجة حقاً في مال الزوج لأنه ملزم بالانفاق عليها وليس الزوج كذلك^(٢). . . والرأى الأول هو الراجح في المذاهب^(٣). وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما كراى مالك والثانى كراى أبى حنيفة^(٤). ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان رأى مالك وأبى حنيفة^(٥). أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه مالم يبيع له أخذه سواء كان محرزاً عنه أو غير محرز لأن الظاهريين لا يعترفون بالحرز، أما إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو طعامها أو كسوتها فلا قطع فيه^(٦). وهذا هو حكم السرقة بين الزوجين مادامت السرقة قد وقعت والزوجية قائمة ولا عبرة بالدخول، فلو حدث الطلاق قبل الدخول فلا قطع فيما يقع من سرقات بين الزوجين من وقت الزواج إلى وقت الطلاق لأن الزوجية كانت قائمة وقت السرقة أما ما يقع بعد الطلاق ففيه القطع لأن غير المدخول بها لا عدة لها لقوله تعالى ﴿فالسكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ وإذا كانت السرقة في عدة الطلاق الرجعي فلا قطع أيضاً لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة أما السرقة في عدة الطلاق البائن ففيها القطع. ولكن أبا حنيفة لا يرى القطع إذا وقعت السرقة في عدة الطلاق البائن لأن النكاح في حال العدة قائم من وجه كما أن أثره قائم وهو العدة، وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع بقيامه من وجه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٧ (٥) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ٣٧ ، ٣٥

أو قيام أثره يورث الشبهة والحدود تدرك بالشبهات^(١).

وإذا كانت السرقة بعد انتهاء المدة ففيها القطع بلا خلاف ، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التي وقعت قبلها فيقطع السارق فيها . ولا يخالف في هذا إلا الحنفية فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم في الجريمة لم يحكم فيها بالقطع لأن الزواج مانع طرأ على الحد والمانع الطارئ عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد . ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع وحجته أن الإمضاء في باب الحدود من تمام القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الإمضاء كالمعترضة على القضاء وكان الطارئ على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء ولكن أبا يوسف يرى في هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع . بالزواج لأن المانع من القطع في حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهي ساقطة في باب الحدود^(٢).

واختلف في مذهب أبي حنيفة فيما إذا كان الحرز المعتبر للشيء المسروق هو حرز مثله أو حرز نوعه فرأى البعض أن يعتبر في الشيء حرز النخل فالاصطبل مثلاً حرز الدابة والحظيرة حرز الشاة والبيوت والخزائن حرز النقود والجواهر ورأى البعض أن ما كان حرز النوع جاز أن يكون حرزاً للأشياء كلها فالاصطبل مثلاً حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر^(٣).

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يرون هذه المسألة لا عرف ويرون أن حرز الشيء هو ما جرت العادة بحفظه فيه وما لا يعتبر صاحبه مضيعاً ، والمرجع في تعيين ذلك للعرف فرأيهم إذاً يتفق مع الرأي الأول في مذهب أبي حنيفة^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - أسنى المطالب ج ١ ص ١٠١ - المغني ج ١ ص ٢٥٠

شرح الأزهري ج ٣ ص ٢٧٠

ولهذا المبحث أهمية كبرى ذلك أن القطع لا يجب إلا في سرقة من حرز فإذا قلنا بأن الحرز حرز المثل امتنع مثلاً القطع في سرقة الجواهر من الاصطبل أو الجرن وسرقة الأقشة من حظيرة الشاة لأن الاصطبل والجرن والحظيرة لا يعتبر أيهم حرز لهذه الأشياء فكانت السرقة واقعة على مال غير محرز وإذا قلنا إن حرز نوع معين هو حرز لباقي الأنواع وجب القطع في هذه السرقات لأنها واقعة على مال محرز .

٦١١ - رابعاً - أنه يبلغ المال المسروق نصاباً : الأصل في شرط النصاب

أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وما أثر من فعله فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قطع في بجن ثمنه ثلاثة دراهم أو قيمته ثلاثة دراهم على رواية . رواه الجماعة وعن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً رواه الجماعة إلا ابن ماجه . وفي رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه ، وفي رواية قال تقطع يد السارق في ربع دينار رواه البخاري والنسائي وأبو داود وفي رواية تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً رواه البخاري ، وفي رواية قال أقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر درهماً وأحمد وفي رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن الجن ، قيل لعائشة ما ثمن الجن قالت ربع دينار رواه النسائي وعن أبي هريرة أن رسولنا صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده^(١)

وجمهور الفقهاء على اشتراط النصاب بوجوب القطع في السرقة إلا ما روى عن الحسن البصري وداود وما عرف عن الخوارج من وجوب القطع في سرقة القليل والكثير وحجتهم إطلاق قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ كما استدلوا بحديث أبي هريرة

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ وما بعدها .

« لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . ولكن جمهور الفقهاء يرون أن إطلاق الآية مقيد بأحاديث الرسول التي سبق ذكرها ويرون أن حديث أبي هريرة أريد به تحقيق شأن السارق والتنفيذ من السرقة^(١) وإذا كان جمهور الفقهاء يشترط النصاب في القطع إلا أنهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا النصاب فيرى مالك أن القطع يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب فإذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدرهم لا بالذهب إذا اختلفت قيمة الثلاثة دراهم مع الربع دينار ولاختلاف الصرف مثل : أن يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً فإذا ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار ، وإن ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع^(٢) .

فالقاعدة عند مالك أن كل واحد من الذهب والفضة معتبر بنفسه وقد روى عنه بعض البغداديين أنه ينظر في تقديم العروض إلى الغالب في نقود أهل الباد فإن كان الغالب دراهم قومت بالدرهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير والمشهور هو الرأي الأول . ويرى الشافعي يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب كما يرى مالك ، ولكن الشافعي يرى أن الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب فالربع دينار أصل للدرهم ومن ثم فلا يقطع عنده إلا فيما يساوى ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار وإذا كانت السرقة من غير الذهب قومت بالذهب^(٣) .

وفي مذهب أحمد روايتان : الأولى أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرها وهذا هو مشهور مذهب مالك . الثانية أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣

(٢) حاشية الشيباني ص ٩٤

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٩٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٩

دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أى الفضة فإذا سرق السارق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع فإذا اختلفت قيمة الربع دينار مع الثلاثة دراهم قطع إذا بلغ المسروق أقل القيمتين^(١).

ويرى أبو حنيفة أن النصاب الذى يقطع هو عشرة دراهم تساوى ديناراً ، فلا قطع عنده فى أقل من عشرة دراهم وحجته ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص من أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان لا يقطع إلا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية أخرى أن الرسول قال لا قطع فيما دون عشرة دراهم ، وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وما روى عن ابن عباس أن الرسول قال « لا يقطع السارق إلا فى ثمن المجن » وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم .

ويرى الحنفية أن الإجماع منعقد على القطع فى عشرة دراهم وفيما دون العشرة اختلف الفقهاء لاختلاف الأحاديث فوق احتمال فى وجوب القطع ولا يجب القطع مع الاحتمال^(٢).

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع المذهب الحنفى^(٣) ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهرى أن نصاب السرقة الذى يقطع فيه اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً فإذا كان المسروق مما سوى الذهب فالقطع إنما يجب فى سرقة ما يساوى ثمن مجن أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجن أو الترس لما روى عن عائشة من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فى أدنى من ثمن المجن أو ترس كل واحد منهما يومئذ وثمن وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول فى الشيء التافه . أما إذا كانت قيمة المسروق أقل من ثمن المجن أو ترس فلا قطع فيه أصلاً لأن ذلك هو التافه^(٤).

(١) المفتى ج ١٠ ص ٢٤٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٠ ، ٣٥٣

ويلاحظ أن صاحب نيل الأوطار ذكر أن ابن حزم يرى القطع إذا كان المسروق ربع دينار من الذهب ويرى القطع في غيره إلا في القليل أو الكثير بحجة أن التحديد في الذهب منصوص ولم يوجد نص في غيره وهذا الذي قاله مؤلف نيل الأوطار لا يتفق مع ما صرح به ابن حزم في المحلى^(١).

وهناك آراء أخرى في النصاب لفقهاء آخرين، لا توجب القطع إلا في أربعة دنائير أو أربعين درهماً، ويرى البعض القطع في درهمين وهناك من يرى القطع في أربعة دراهم ومن يراه في ثلث دينار وهو مذهب الباقر ومن يراه في خمسة دراهم^(٢) وإذا كان النصاب شرطاً في القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب فإذا دخل السارق داراً فأخرج منها أقل من النصاب فلا قطع عليه وإذا أخرج درهماً أو ما قيمته جميعاً درهم إلى صحن الدار ثم عاد فأخرج مثله وهكذا حتى أخرج النصاب أو قيمة النصاب ثم خرج بها جميعاً من صحن الدار فإنه يقطع فيها ولو أنه أخرج النصاب إلى صحن الدار مجزئاً لأن ما حدث منه يعتبر سرقة واحدة إذ الدار وصحنها حرز واحد وما دام المسروق في صحن الدار فهو لم يخرج من الحرز فإذا أخرجه من الصحن إلى الخارج فقد أخرجه من الحرز وتمت السرقة ما لم تكن الدار مكونة من عدة بيوت مستقلة والصحن مشترك لها جميعاً فإن الإخراج إلى الصحن يعتبر إخراجاً من الحرز ولو لم يخرج السارق بالمسروقات إلى خارج الدار إذ كل بيت مستقل يعتبر حرزاً وحده^(٣).

وإذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك مرة واحدة وكان يبلغ نصيباً فالحكم هو ما سبق لأن السرقة تعتبر تامة بالإخراج إلى صحن الدار مع ملاحظة الفرق بين من يعتبرون بطلان الحرز بفتح الباب ومن

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٨ ، ٢٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - شرح الزرقاني ج ٧

ص ١٠٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ .

لا يعتبرون فعند من يرى الإبطال أنه لا قطع إذا أخرج المتاع إلى صحن الدار من بيت مفتوح لأن المال ليس محرراً فإن كان البيت مقفلاً وباب الدار مفتوح قطع لأنه أخرجه من حرزه إلى محل الضياع^(١) أما إذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك أو أخرجه من الدار غير المشتركة إلى خارجها وكان الإخراج على دفعات وكل دفعة تقل عن النصاب فالحكم مختلف عند الفقهاء وقد بسطناه بمناسبة الكلام على إبطال الحرز^(٢).

وإذا دخل جماعة داراً فأخرجوا المتاع منها دفعة واحدة إلى صحن الدار المشترك أو إلى خارج الدار فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان هناك تعاون على الإخراج أو اشتراك فيه وقد سبق أن تكلمنا عن ذلك مفصلاً ، أما إذا أخرجوا المتاع مجزئاً على دفعات فتطبق عليهم قواعد الإخراج على دفعات مع قاعدة التعاون والاشتراك ، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان وكل واحد من المنزلية حرز مستقل ويشترط القطع في كل سرقة أن يخرج عن كل حرز نصاباً كاملاً .

ولو سرق شخص نصاباً يملكه عدة أشخاص قطع به ولا عبء بعدد المجنى عليهم وكذلك الحكم لو كان المجنى عليهم في دار واحدة كل منهم في بيت من بيوتها لأن الدار حرز واحد أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرراً مستقلاً ولم يقطع الجاني^(٣).

ولكن بعض الشيعة للزيدية يرون القطع في هذه الحالة إذا بلغت قيمة الجرم الذي أخرج نصاباً^(٤) وإذا أخرج السارق بعض المسروق من الحرز دون بعضه الآخر وكان المسروق شيئاً واحداً كخشبة أو صندوق وما أشبه فلا قطع عليه ولو كانت قيمة ما خرج من المسروق تزيد على النصاب لأن بعض المسروق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ - المفتي ج ١٠ ص ٢٦٠ (٢) راجع ص ٤٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ - شرح

الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٤ - المفتي ج ١٠ ص ٢٤١ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

لا يفرض عن بعض . ولأنه لم يتم إخراجه^(١) ولو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه لأن المسروق بهذا الوجه لا يعتبر محرراً ولأنه كما يقال إنه في الحرز يقال إنه خارج الحرز^(٢) .

ومن يبطلون الحرز بفتح الباب والنقب لا يعتبرون الأخذ من حرز في هذه الحالة إذا كان الشيء خارجاً من باب أو ثقب ويستوى أن تكون المسروقات مجتمعة أو متفرقة داخل الحرز ما دام الحرز واحداً والعبرة بما يخرج السارق من الحرز فإن كان أقل من نصاب فلا قطع وإن كان أكثر من نصاب قطع به على التفصيل السابق .

وإذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه في يد السارق بعد الخروج به من الحرز فالعبرة اتفاقاً بقيمته وقت السرقة أما إذا كان سبب النقصان نزول السعر فقد اختلفوا في مذهب أبي حنيفة فيرى البعض اعتبار القيمة وقت الحكم ، أما الزيادة فغير معتبرة ويرى البعض اعتبار القيمة وقت الإخراج من الحرز كذلك اختلفوا في المذهب إذا كانت السرقة في بلد وضبط المسروق في بلد آخر فيرى البعض أن العبرة بقيمة المسروق في محل ضبطه ويرى البعض الرجوع إلى قيمة المسروق في محل السرقة^(٣) .

ويرى الأئمة الثلاثة أن العبرة بقيمة المسروق في كل الأحوال وقت السرقة أى وقت إخراجه من الحرز لا قبل ذلك ولا بعده فإذا كان لا يساوى نصاباً وقت الإخراج فلا قطع ولو كان سبب النقص فعل الجاني كأن أكل بعضه أو أتلفه أو أفسده ولا عبرة في الرخص والغلاء الطارئین بعد إخراج المسروق من الحرز وتعتبر القيمة في مكان السرقة لا في مكان آخر^(٤) .

(١) المفتى ج ١٠ ص ٣٦١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٥ (٣) بدائم الصنائع ص ٧٩

(٤) شرح الزرقاني ص ٩٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٠٠ - المفتى ج ١٠ ص ٢٧٨ أسنى المطالب

وحاشية الرملی ص ١٣٧ .

وعند الشيعة الزيدية بأن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافقة لا وقت السرقة فإذا سرق شيئاً وقيمته وقت السرقة عشرة دراهم ثم كانت قيمته وقت المرافقة أقل من ذلك سقط القطع أما إذا زادت القيمة فحلا عبرة بالزيادة^(١) وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأى أبى حنيفة والشيعة يسقط القطع لأنهم يجعلون المانع الطارئ بعد الفعل فى حكم المانع المقارن ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون فى تقويم المسروق فقدره بعضهم بأقل من نصاب وقدره بعضهم بنصاب درىء القطع وحجته فى ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان إنما سرقة لا يساوى نصاباً فدرأ عنه القطع^(٢) ويتفق مذهب أحمد فى هذا لأنه يرى فى حالة تعارض البيئات فى القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل^(٣) . ويرى الشافعى أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذى تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لتعارض البيئات^(٤) . أما مالك فيرى أنه إذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ولو عارضتها شهادات أخرى وعلة ذلك أن المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على القاضى^(٥) .

ولا يشترط الشافعى أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفى أن يقصد السرقة ثم يسرق نصاباً فإذا قصد سرقة شيء تافه فى اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه وإذا سرق ثوباً لا يساوى نصاباً فوجد فى جيبه نقوداً تبلغ نصاباً قطع وإذا قصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوى نصاباً لم يقطع^(٦) .

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٩
 (٣) كشف القناع ج ٤ ص ٢٣٧ (٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠ - أسنى
 المطالب ج ٤ ص ١٣٧ (٥) المدونة ج ١٦ ص ٩٠ .
 (٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٠ .

وعلى هذا أحد الرأيين في مذهب أبي حنيفة أما الرأي الآخر فيستوجب علم السارق بحقيقة قيمة المسروق فإن كان يعلم بوجود النقود في جيب الثوب قطع وإن لم يكن يعلم لم يقطع لأنه قصد سرقة الثوب فقط وهو لا يبلغ النصاب ولا قطع فيه وحده أما لو سرق غرارة أو صندوقاً أو جراباً به مال كثير يقطع ولو لم يكن عالماً بحقيقة ما في الغرارة أو الجراب أو الصندوق لأنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف ويستدل على القصد بالظروف والقرائن^(١).

ويستوجب أحمد للقطع العلم بقيمة المسروق فلو سرق منديلاً شد عليه دينار قطع إن علم بالدينار وإن لم يعلم به فلا قطع^(٢).

ويرى أن الجاني يؤخذ بقصد السرقة ولا عبرة بظنه أن قيمة المسروق تقل عن نصاب إلا إذا صدق العرف في هذا الظن فلو مد يده في جيب شخص فأخذ منه نقوداً وهو يظنها نحاسية قطع لأن العرف لم يجر على وضع النقود النحاسية وحدها في الجيب بل يوضع فيه كل أنواع النقود ولو سرق ثوباً وهو لا يساوي نصاباً فارغاً ولسكن في جيبه نقود تبلغ نصاباً قطع ولو ظن أن الثوب فارغ لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب أما إذا سرق قطعة خشب فوجدها مجوفة وفي داخلها نقوداً تباه نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مجوفة وليس فيها نقود^(٣).

ويحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه الآخر وأن يكون المسروق كله مما يقطع فيه كإتاء من النحاس به حناء أو كحمار عليه بردعة كما يحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه وأن يكون بعضه فقط مما يقطع فيه كإتاء من الذهب فيه خمر أو ككلب فيه طوق من الذهب . والأصل أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصاباً بنفسه يقطع السارق فيه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٢) المفتي ج ١٠ ص ٢٨ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥ .

بلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصاباً إلا بالتابع يكمل النصاب بالتابع ويقطع السارق في سرقته وكذلك الحكم لو كان كل منهما لا يبلغ نصاباً أو مقصوداً لذاته يكمل أحدهما بالآخر ويقطع السارق .

أما إذا كان المقصود بالسرقه مما لا يقطع فيه لو انفرد كالكلب وكان معه ما يقطع فيه كطوق الذهب فيرى مالك أن العبرة بقيمة ما فيه القطع فإذا بلغت قيمة الطوق نصاباً قطع السارق ولو كان يقصد الكلب دون الطوق^(١) .

وكذلك الحكم عند الشافعي^(٢) ويرى أبو حنيفة أنه كان المقصود بالسرقه مما لا يقطع فيه إذا انفرد لا يقطع السارق وإن كان مع المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصاباً ما دام الغير لم يقصد بالسرقه ويؤيد هذا الرأي محمد وإسكن أبابوسف يخالفه ويأخذ برأى مالك والشافعي^(٣) . وفي مذهب أحمد رأيان الرأي الأول كراى مالك والشافعي والثاني كراى أبي حنيفة^(٤) .

الركن الثاني

أن يكون مملوكاً للغير

٦١٢ — يشترط لوجود جريمة السرقة أن يكون الشيء المسروق مملوكاً للغير السارق فإن كان مملوكاً للسارق فالفعل لا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية . والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع وإن لم يكن يملكه وإسكن دخل في ملكه وقت السرقة فلا مسؤولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة ويشترط لانعدام المسؤولية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩١ (٤) كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

فإن ماله بعد إخراجه من الخرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية^(١) لأن الشيء وقت إخراجه من الخرز كان على ملك غيره ومن ثم يقطع بسرقة عند مالك مطلقاً ، أما الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية فيفرون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة والمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع ويعزز الجاني لأن مطالبة الجاني عليه بالمسروق شرط عندهم للقطع فإذا تملك الجاني المسروق قبل المطالبة لم تصح المطالبة بعد ذلك فلا يكون الحكم بالقطع ممكناً عملاً أما إذا كان التملك بعد المطالبة بالمسروق فلا يمنع التملك من الحكم بالقطع^(٢) والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أن مالك لا يشترط للقطع تخصم الجاني عليه أو مطالبة بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة أى شخص الجاني عليه أو غيره وليس من الضروري أن يطالب الجاني عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق سواء بلغ الجاني عليه أو لم يبلغ طالب المسروق أو لم يطالب^(٣) أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب الجاني عليه بالمسروق . ويرى أبو حنيفة أن تملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع عن السارق وإن كان لا يمنع من تقديره فإذا تملكه بعد القضاء وقبل الإمضاء فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع السارق لأن الإمضاء من تمام القضاء فيما يصح مانعاً للحد قبل القضاء يصح مانعاً بعده ويرى أبو يوسف أن تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع فإن سارق رداء صفوان أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يقطع فقال صفوان يا رسول الله إني لم أرد هذا وهو عليه صدقة فقال الرسول فهل قبل أن تأتيني به فدل على أن التملك بعد القضاء لا يسقط القطع^(٤)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩

المغني ج ١٠ ص ٢٧٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ ، ٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦

أما المذهب الظاهري فيتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه النقطة ^(١) . ولا يكفي لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لآخذه بل يشترط أن يكون مملوكا لغير السارق فإن لم يكن مملوكا لأحد كالأموال المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة ولو كان خفية ولا يعتبر الشخص سارقا للمال ولو لم يكن يملكه إذا كان له حق الانتفاع به فالمستأجر الذي يأخذ الشيء المؤجر له والمستعير الذي يأخذ الشيء المعار والمرتهن الذي يأخذ الشيء المرهون كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقا ولو أخذ الشيء خفية عن المالك مادام أنه قد أخذه لاستيفاء حقه المقرر على الشيء على أن مالك يرى قطع صاحب المنفعة إذا أخذ الشيء خفية عن مالكه قبل القبض ^(٢) ويجب أن يكون الشيء المأخوذ محلا للملك حتى يكون محلا للسرقة فإن لم يكن محلا للملك فلا يعتبر محلا للسرقة ولم يعد الإنسان بعد إبطال الرق محلا للسرقة لأنه لم يعد محلا للملك ومن ثم فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة أيا كان جنسهم أو لونهم أو دينهم وقبل إبطال الرق كان العبيد والإماء محلا للسرقة في الشريعة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كأي مال آخر، أما بعد إبطال الرق فلا يعتبر الإنسان مطلقا محلا للسرقة عند جمهور فقهاء المسلمين وعند أبي حنيفة والشافعي وعلى الرأي الراجح في مذهب أحمد ومذهب الشيعة لزيدية أما مالك فيخالف في هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها أخذ طفل خفية ذكرا كان أو أنثى يمكن خداعه أو أخذ مجنونا صغيرا كان أو كبيرا من حرز مثله كأن كان مع أهله أو مع كبير حافظ فإن كان الطفل كبيرا أو واعيا أو لم يكن في حرز مثله فلا قطع ويرى الظاهريون كما يرى مالك القطع في سرقة الحر الصغير وهو يوافق الرأي المرجوح في مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية . ^(٣) ورأى

(١) المحلى ج ١١ ص ١٥١ (٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ - شرح الزرقاني

ج ٤ ص ٣٦٥ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب ج ٤

نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٤٥ - الزرقاني ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ - المحلى

ج ١١ ص ٣٣٧ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٩

القائلين بأن أخذ الأطفال لا يعتبر سرقة وإنما هو جريمة خاصة يتفق مع مذهب القانون المصرى والقانون الفرنسى ولكن يلاحظ أن القانون المصرى والفرنسى يعاقبان على خطف الأطفال بعقوبة أشد من عقوبة السرقة العادية وأن القانون الفرنسى يعبر عن خطف الأطفال باللفظ الذى يعبر به عن السرقة وهو *val* ولعل هذا أثر لما كان عليه القانون الفرنسى قديما من اعتبار الفعل سرقة . ويكفى لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكا للغير ولو كان المالك مجهولا كسرقة مال شخص غير معروف أو كان المالك غير معين كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأغراب أو التعليم وهذا هو ما يراه مالك^(١) وهو ما يراه الظاهريون لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه^(٢) وعند الشافعى وأحمد أن أخذ مال المجهول خفية سرقة ولكن لا يقطع عندهما فيها لأنهما يشترطان للقطع مطالبة الجنى عليه بالمسروق وإذا كان الجنى عليه مجهولا فلا مطالبة ولا قطع أما سرقة مال الوقف ففيها القطع عندهما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم فإن كان منهم فحكمه حكم الشريك فى المال وسنتكلم عليه فيما بعد وفى مذهب أحمد رأى بأن سرقة المال الموقوف مطلقا لا قطع فيها بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه^(٣) .

والراجع فى مذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كذهب الشافعى والرأى الراجع فى مذهب أحمد^(٤) ويرى أبو حنيفة أن لا يقطع السارق إذا كان الجنى عليه مجهولا ولو أقر الجانى بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة الجنى عليه ومخاصمته

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ - مواهب ج ٦ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ الدونة ج ١٦ ص ٦٨

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ ، ١٤٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٨ ، ٣٠٠ المفنى ج ١٠

ص ٢٤٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٨٧

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٩

للجاني. ولكن أبا يوسف يرى القطع في حالة الإقرار^(١) ولا قطع كذلك إذا كان السارق ممن أوقف عليهم المال المسروق فإن لم يكن منهم قطع وهذا ما يقتضيه تعريف السرقة وتعريف المال الموقوف في المذهب فهم يعرفون السرقة بأنها أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن هو مقصد للحفظ ما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة^(٢) ويعرفون الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة^(٣) سواء سرق العين الموقوفة أو منفعتها فهو يسرق ملك الغير ولا شبهة له في سرقة ما دام غير مستحق فيه فيقطع بالسرقة ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال إذا كان يملكه، ولو كان للجني عليه حق الانتفاع به فلمؤجر الذي يأخذ المال المؤجر من المستأجر والمعيّر الذي يأخذ المال المعار من المستعير والمدين الذي يأخذ المال المرهون من الدائن المرتهن أو الأمين على الرهن والغاصب الذي يأخذ ماله الفصوب من الغاصب وصاحب المال الذي يأخذ ماله المسروق من السارق كل هؤلاء لا يعتبر سارقاً ولو أخذ المال خفية لأنه أخذ ما يملكه^(٤).

ولا يقطع السارق إذا كان له شبهة الملك في الشيء المسروق وإنما عليه التعزير فقط كسرقة الوالد من ولده لأن للوالد في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك أقول النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك»^(٥) ولا يقطع السارق عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة إذا سرق مالا مشتركاً مع الجني عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع الجني عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع.

(١) بدائع الصنائع ص ٨٣ - (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ - (٣) حاشية ابن عابدين ص ٩٩٣
(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٦ ، ٢٥٩ كشف القناع ص ٨٤ ، ٨٥ الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠
(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٨٤
بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥

ويرى مالك قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشرط أن يأخذ نصيباً أكثر من حقه . ويشترط أن يكون مال الشركة محجوباً عنه أى محرراً عنه ، فإن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع إلا أن يسرق نصيباً أكثر من نصف المال كله وإن كان المال المشترك قيمياً قطع إذا كان ماسرقه يباغ نصابين ولو لم يكن المسروق كل المال المشترك لأن حقه في المسروق نصاب واحد والنصاب الثاني يستحقه الشريك المسروق منه والقاعدة عند الظاهريين أن من سرق من شيء له فيه نصيب يقطع إذا أخذ زائداً على نصيبه مما يجب فيه القطع فإن سرق أقل فلا قطع عليه إلا أن يكون منع حقه في ذلك أو احتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل ولا قدر على أخذ حقه خالصاً فلا يقطع لأنه مضطر إلى أخذ ما أخذ إذ لم يقدر على تخلص مقدار حقه^(١) . وفي مذهب الشافعي من يرى القطع على من يسرق نصابين من المال المشترك ، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى عدم القطع إذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة ولم يأخذ السارق أكثر من حقه ويعتبرون الأخذ قسمة فاسدة فإن أخذ أكثر من حقه نصيباً قطع وكذلك إذا أخذ نصابين من المال ولم يكن المال قابلاً للقسمة وهذا يتفق مع رأى مالك . ورأى القائلين بعدم القطع ليس معناه إعفاء الشريك من المسؤولية الجنائية ، فالمسؤولية قائمة ولكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدرك القطع .

وسرقة المال العام حكمها حكم المال المشترك عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ، لأن للسارق حقاً في هذا المال ، وقيام هذا الحق يعتبر شبهة تدرك عنه الحد أما مالك فيرى قطع السارق من بيت المال أو من مال الغنم ، ويرى ذلك الظاهريون أيضاً بالشروط التي يشترطونها في المال المشترك . ويرى الشافعية القطع في سرقة المال العام إذا خصص لطائفة لا يدخل فيها .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٥ - كشف الغطاء ج ٤ ص ٩٤ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٣ (٣٨ - القشعرى الجنائى الإسلامى ٢)

كلّ من خصص للفقراء وليس منهم ، فالقطع واجب إذا لم يكن له حق في المال^(١) ، ويرى الحنابلة القطع في مال المغمم بعد إخراج الخمس ، فإذا سرق قبل إخراج الخمس فلا قطع ، وإذا قسم الخمس ، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع^(٢) .

سرقه مال المبرين : ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه الماطل أو الجاحد . سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه . فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصابا قطع به ، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين ممطلا أو جاحدا^(٣) .

ولا يرى الشافعي قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصابا ، والرأي الراجح في مذهب أحمد كذهب الشافعي ، أما الرأي المرجوح فيرى قطع الدائن ، لأنه ليس له أن يأخذ قدر دينه . وإذا أخذ الدائن أكثر من حقه . فأصحاب الرأي الأول بعضهم يرى قطعه إذا أخذ نصابا وهو رأى مالك وبعضهم لا يرى قطعه وهو رأى الشافعي ؛ لأن له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز^(٤) .

ويطبق الظاهريون قاعدتهم التي سبق ذكرها عند الكلام على سرقة المال المشترك وفي مذهب الشيعة الزيدية ثلاثة آراء : أولها قطع من يسرق مال المدين ما دام أنه سرق من جنس حقه وكان المسروق مساويا للدين في العدد والجنس . كلّ من سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم ، فإن كان الدين حالا فلا قطع ، لأن الأخذ مباح له ، لأنه ظفر بجنس حقه ، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه ، فإذا أخذه صار مستوفيا لحقه . وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه ، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فلا

(١) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٢٤

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٨٨ - شرح الازهار ص ٣٦٩

(٣) شرح الزرقاني ج ٢ ص ٩٨ (٤) المغني ج ١٠ ص ٢٥٨

يقطع في غيره كما هو الحال في المال المشترك .

أما إذا كان الدين مؤجلاً فالقياس أن يقطع ، ولكنهم يرون استحساناً أن لا يقطع ، لأن حق الأخذ ليس سببه حلول الأجل . وإنما سبب ثبوته هو قيام الدين في ذمة المسروق منه . ووجود الأصل لا أثر له على قيام الدين وإنما أثره في تأخير المطالبة بالدين ، فقيام سبب ثبوت الدين يورث شبهة والشبهة تمنع من القطع . وأن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق دنانير أو عروضاً قطع ، لأنه لا يملكه بنفس الأخذ ، بل بالاستبدال والبيع ، فكان سارقاً ملك غيره ، لكنه إذا دفع التهمة بأنه أخذه استيفاء لحقه فلا يرى البعض قطعه لأنه يعتبر متأولاً إذ اعتبر المعنى ، وهو المالية لا الصورة ، والأموال كلها في معنى المالية متجانسة ، وإذا كان الأخذ عن تأويل لا يقطع ^(١) .

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع إذا أخذ خلاف جنس حقه ، لأن بعض العلماء في المذاهب الأخرى يحيزون أن ظهر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء حقه . ولكن المذهب على خلاف رأى أبي يوسف .

وإذا سرق الجاني من مدين أبيه أو من مدين ولده قطع ما لم يقم دليلاً على أنه وكيل عنه أو وصى عليه .

ويشترط أبو حنيفة أن يكون المسروق منه يد صحيحة على الشيء المسروق ، يد الملك ، أو يد الأمانة ، كالمودع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء ، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك ، ولغصوب مضمون عليه ، وضمان الغصب عند أبي حنيفة ضمان ملك ، فأشبهت يد الغاصب يد المشتري كذلك فإن المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض ، ويرتب أبو حنيفة على هذا الشرط ألا قطع على السارق من سارق ، لأن يد الأخير ليست صحيحة فلا هي يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، ولكن إذا درى القطع عن السارق الأول قطع الثاني ، لأن درء الحد عن السارق الأول يجعله ضامناً للمسروق ، ويد الضمان

يد صحيحة ، ويجعل أبو حنيفة السارق ضامناً إذا درى عنه القطع ولا يجعله ضامناً إذا قطع ، لأن القاعدة عقده أن القطع والضمان لا يجتمعان^(١) .

ولا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق منه ، وكل ما يشترطه مالك أن يكون المسروق ملك الغير ، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقاً ، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال ، ويترتب على هذا أن مالكا يقطع السارق من السارق ، والسارق من الغاصب ، والسارق ممن يقوم مقام المالك كاللودع والمرتهن والمستأجر^(٢) والقاعدة عند مالك أن من سرق مالا لغير من حرز لاشبهة فيه قطع .

ويرى أحد أن يكون المسروق منه هو المالك أو من يقوم مقامه ، فإذا أخذه من غيرهما فهو أشبه بما لو أخذ مالا ضامناً . والفرق بينه وبين السارق أن السارق يزيل يد المالك أو نائبه عن الشيء ويأخذه من حرزه ، ويرتب أحمد على هذا أن السارق من المالك أو نائبه يقطع إذا توفرت كل شروط القطع . أما السارق من السارق أو الغاصب فلا قطع عليه ولو كان المال محرزاً^(٣) .

أما الشافعي ففي مذهبه رأيان : أحدهما كراى مالك ، والثاني كراى أحمد ، ويعطون الرأي الأول ، بأن السارق يقطع ، لأنه سرق مالا لاشبهة فيه من حرز مثله ، ويعطون الرأي الثاني ، بأن السرقة من حرز لم يرضه المالك ، وأن المحرز ليس هو المالك ولا نائبه^(٤) .

وأما الشيعة الزيدية فرأيها يتفق مع مذهب الشافعي ، فلا قطع عند بعضهم على السارق من السارق ولا الغاصب ، وبعضهم يرى القطع^(٥) . وعند الظاهرية أن السرقة هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، وأن السارق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٠ (٢) شرح الزرقاني ص ٩٦ .

(٣) المنى ج ١٠ ص ٢٥٧

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٩

هو المختفى بأخذ ما ليس له ، ويترتب على هذا التعريف أن يقطع السارق كلما أخذ ما ليس له ، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب ^(١) .

ويترتب على الأحكام السابقة أنه إذا سرق سارق من آخر فدرىء القطع عن الأول كان القطع على الثانى ، لأن يده تصبح يد ضمان فى رأى أبى حنيفة وإذا قطع السارق الأول فى مال ، فسرقه منه آخر فلا قطع على الآخر ، لأن يد المسروق منه ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، إذ هو بالقطع لا يضمن المسروق ، وعند أحد لا قطع على للمسارق الثانى سواء قطع الأول أو درىء عنه القطع ، لأن السرقة ليست من المالك أو من يقوم مقامه . وعند مالك يقطع السارق الثانى سواء قطع الأول أم لم يقطع ، لأنه سرق مالا للغير لا شبهة له فيه من حرزه ولو توالى السرقات وتعدد السراق ^(٢) . وكذلك الحكم عند الظاهرية ، أما عند الشافعية والشيعة الزيدية ، فبعضهم يزى القطع على السارق الثانى وبعضهم لا يراه ، لأن منهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى مالك ، ومنهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى أحد كما ورد ذلك فى المراجع السابقة .

وإذا سرق السارق مالا فقطع فيه ورد المال لصاحبه فعاد نفس السارق وسرق نفس الشيء قطع أيضاً بالسرقة الثانية لهذا المال فى رأى مالك والشافعية وأحمد والظاهرين ، لأن القطع عقوبة تتعلق بفعل السرقة ، فتكرر العقوبة كلما تكرر الفعل ولا عبرة بالمعين التى يقع عليها الفعل ، ويستوى عديم أن تكون المعين قد بقيت على حالتها التى كانت عليها وقت السرقة الأولى ، أم تكون قد تغيرت ^(٣) .

ويفرق الحنفيون بين ما إذا كان الشيء قد بقى على حاله أم تغير ، فإن كان الشيء باقيا على حاله فالقياس هو القطع . إلا أن بعض الفقهاء فى المذهب لا يرون

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ (٢) المدونة ج ١٦ ص ٦٩

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٦٩ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٥

القطع استحساناً ، لأن عصمة المال تسقط بالسرقة الأولى ، فإذا عادت العصمة بالرد فإنها تعود مع شبهة العدم ، لأن السقوط لضرورة وجوب القطع ، وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة . أما إذا كان المال قد تغير . فالقاعدة في المذهب الحنفي أنه إذا كان المال قد تغير وأصبح في حكم عين أخرى ففيها القطع ، فإذا سرق غزلاً فرده للمالك فنسجه ثوباً فعاد وسرق الثوب قطع به ، ولو سرق بقرة فقطع فيها ثم ردت للمالكها فولدت عجلاً فسرق العجل يقطع به لأنه سرق عيناً أخرى ^(١) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أولهما يرى أن من عاد إلى سرقة ما قد قطع فيه لم يقطع ، ورأى يرى أنه يقطع ، وحجة من لا يرى للقطع ، أن القطع الأول يصبح شبهة ^(٢) .

ولا قطع في مذهب أبي حنيفة على من ضمن المسروق قبل إخراجه من الحرز ، لأن وجوب الضمان يؤدي إلى ملك المضمون من وقت وجود سبب الضمان . فكأنه ملكه قبل إخراجه من الحرز ، واختلفوا فيمن سرق ثوباً فشقه قبل الخروج به من الحرز أو ذبح شاة ثم أخرجها من الحرز مذبوحة ، فقال أبو يوسف بعدم قطع السارق ، لأنه شق الثوب وذبح الشاة في الحرز يؤخذ منه سبب الضمان في الحرز . ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب ، وذلك يمنع القطع ، ويرى أبو حنيفة ومحمد قطع سارق الثوب ، لأن السرقة تمت والثوب على ملك الجاني عليه إذ الملك لا يزول عنه إلا باختیار الضمان ، وقبل الاختيار كان الثوب على ملكه وعلى هذا فيقطع ، وكذا الأمر في الشاة ، إلا أنه لما أخرج الشاة من الحرز كانت للحا ولا قطع في اللحم ، أما لو أتلف الثوب إتلافاً يستهلكه فلا قطع عليه وإن كانت قيمة الثوب بعد إخراجه نصاباً ، لأن التخريق أو الشق المستهلك يوجب استقرار الضمان من وقت الفعل ، وهذا

(١) بدائع الصنائع ص ٧٢ ، ٧٣

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٣

بدوره يوجب ملك المضمون^(١) .

ويرى مالك والشافعي أن العبرة بقيمة المسروق خارج الحرز ، فإن بلغ نصاباً قطع السارق ، وإن لم يبلغ نصاباً فلا قطع ، فن ذبح شاة أو أفسد طعاماً أو شق ثوباً يقطع إذا بلغت قيمة ما خرج به من الحرز نصاباً^(٢) .

والظاهر يرون قطع السارق إذا أخذ خفية نصاباً ، وهم لا يعترفون بالحرز ولا يشترطونه ومذهب الشيعة الزيدية في هذه المسألة كذهب الحنفية^(٣) ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن ما يستهلكه السارق داخل الحرز أو يتلفه لا يعتبر سرقة ، وإنما يعتبر إتلافاً عقوبته التعزير ، ولكن مذهب الظاهريين يقتضي أن ما يستهلك داخل الحرز يعتبر سرقة مادام قد أخذ على وجه الخفية^(٤) ومن ثم لا تضاف قيمة المستهلك داخل الحرز أو المتلف إلى قيمة ما أخرج من الحرز لتسكلة النصاب ، فلو أكل السارق داخل الحرز من الطعام ما يساوي نصف نصاب ثم خرج ومعه من نفس الطعام نصف نصاب ، فإنه لا يقطع ، لأن ما خرج به من الحرز لم يبلغ نصاباً كاملاً ، ولكنه يقطع عند الظاهريين لأنه أخذ نصاباً كاملاً .

وإذا ادعى السارق ملكية المسروق ، فيرى مالك أن ادعاء ملكية المسروق في ذاته ليس له قيمة ولا يدرأ عنه العقوبة . . إلا إذا أثبت صحة ما يدعيه ، فإذا لم يكن دليل حالف المجنى عليه أن المتاع المسروق له وليس للسارق . فإن نكل حالف السارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده^(٥) .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا ادعى السارق ملكية المسروق أدى عنه القطع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ ، ٧١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٦١

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٤ ، ٣٧٥

(٤) هكذا وجد في الأصل ، والظاهر أنها زيادة استغنى عنها بدليل السياق الذي بعدها . .

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٧٤

لجورد الادعاء دون حاجة لأن يقيم دليلا على صحه ادعائه ، وتسكون العقوبة التعزير ، لأن المسروق منه قد صار خصما له في ملكية الشيء المسروق ، فإن ادعى عليه مالو أقر به لزمه ويتمكن من إثباته عليه بالبينة ، وإن طلب يمينه كان له أن يستحافه عليه ، وبعد ما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد ، لأن المسروق منه إذا وجه اليمين للتمهم على ملكية الشيء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالنكول ، وإن ردها على المسروق منه فحلفها قضى عليه باليمين ، فالقول بالقطع عند الادعاء بملكية المسروق يؤدي إلى استيفاء الحد باليمين والنكول^(١) ويرى الشافعي أن أبعاد السارق بملكية المسروق أو ملكية الحرز ، أو أنه أخذه من الحرز بإذنه أو أنه أخذه والحرز مفتوح ، أو صاحبه معرض عن الملاحظة أو أنه دون النصاب سقط عنه القمع بمجرد دعواه وإن ثبتت السرقة بالبينة لاحتمال صدقه فصار شبهة دائرة للقطع ، لأنه صار خصما ، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه ، وإن كان فيه سعى في سقوط الحد عنه لأنه إغراء له بادعاء الباطل ، ولكن مجرد ادعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القمع إلا ببينة أو يمين مردودة ، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب للقطع لسقوطه بالشبهة^(٢) .

وفي مذهب أحمد ثلاثة آراء : الرأي الأول كراى مالك . والثاني كراى الشافعي وهو الراجح في المذهب ، والرأى الثالث : إن كان معروفا بالسرقة لم يسقط عنه القمع ، وإن لم يكن معروفا بها سقط عنه القمع^(٣) ومذهب الشيعة المؤيدة أن الادعاء بالملكية يسقط القمع دون حاجة لإقامة الدليل على صحه هذا الادعاء^(٤) .

ويلاحظ أن سقوط القمع ليس معناه إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية بل يبقى مسئولاً عن جريمته ويماقب عليها بعقوبة التعزير بدلا من عقوبة القمع

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩

(١) بدائع الصنائع

(٤) شرح الافهار ج ٤ ص ٣٧٤

(٣) الفنى ج ١٠ ص ٣٠١

ويشترط اتفاقاً في المال المسروق أن يكون معصوماً فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربى غير المستأمن ومال الباغى ، فإنه غير معصوم ، ولا قطع في أخذه خفية .

على أن مال العادل إذا أخذه الباغى لا يقطع به كذلك لا يقطع الحربى بسرقة مال المسلم والذى . ويرى أبو حنيفة استحساناً ألا قطع في سرقة مالى الحربى المستأمن وإن كان القياس أن يقطع لأنه سرق مالا معصوماً ، إذ الحربى يستفيد العصمة بالأمان ، ووجه الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة ، لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب « أى منتم إلى دولة محاربة » وإنما دخل دار الإسلام ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب ، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة فى ماله ، لأنه كان فى الأصل مباح المال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال . فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل للمعهود ، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن ، فتصبح العصمة كأن لم تكن ثابتة من قبل ، بخلاف الحال مع الذى لأنه من أهل دار الإسلام . وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد ، فكان معصوم الدم والمال عصمة مؤبدة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة . ويرتب أبو حنيفة على رأيه هذا ألا قطع على الحربى المستأمن إذا سرق مال المسلم أو الذى ، لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة ، ولأنه لم يلتزم أحكام دار الإسلام ، ولكن أبا يوسف يخالفه فى هذه ويرى قطع الحربى المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم . وفى مذهب أبى حنيفة لا يقطع العادل فى سرقة مال الباغى ، لأن ماله ليس بمعصوم فى حقه كمنفسه ، ولا الباغى فى سرقة مال العادل ، لأنه أخذه عن تأويل ، وتأويله وإن كان فاسداً لسكن التأويل الفاسد عند انضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح فى منع وجوب القطع^(١) .

ويرى مالك قطع المستأمن إذا سرق مسلماً أو غير مسلم ، كما يرى قطع المسلم والذمي في سرقة مال المستأمن ^(١) .

وفي مذهب الشافعي أقوال في سرقة المعاهد والمستأمن والسرقة منهما . أحسن هذه الأقوال أنه يقطع إذا اشترط في العهد أو الأمان قطعه بسرقة ، لأنه في هذه الحالة يكون ملتزماً للأحكام . فإذا لم يشترط ذلك فلا يقطع لانتفاء التزامه ويكون حكمه حكم الحربي ولا يقطع أيضاً مسلم أو ذمي بسرقة ماله إلا إذا اشترط قطعه في السرقة لاستحالة قطعهما بماله دون قطعه بهما ^(٢) على أن البعض يرى ألا يقطع المستأمن والمعاهد بالسرقة ولو اشترط قطعهما بها ، ولا يقطع لهما بسرقة ماله ^(٣)

وفي مذهب أحمد رأيان : أرجحهما أن يقطع المستأمن بسرقة المسلم والذمي ، ويقطعان بسرقة لأن القطع حد يجب عايه كحد القذف ، وإذا كان القطع واجباً لصيانة الأموال فإن حد القذف واجب لصيانة الأعراض ، فإذا وجب أحدهما في حق المستأمن وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب ، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواء ، وهذا رد على أصحاب الرأي الثاني الذين يقولون ، إن المستأمن لا يقطع بالسرقة ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا ^(٤) .

سرقة الكفن : يرى أبو حنيفة ألا قطع في سرقة الأكفان وله في ذلك حجتان : الأولى - أن الكفن مال تافه ، لأن الطباع السليمة تنفر من ذلك . ولأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى ، ففي مالية الكفن إذن قصور ، والقصور فوق الشبهة والشبهة تدرأ بالحد ، فالقصور أولى . والثانية - أن الكفن ليس مملوكاً لأحد

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٥ ، ٩١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٦ .

فهو ليس ملك الميت ، لأن الميت لملك له وهو ليس على ملك الورثة ، لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة ، وإذن فهو غير مملوك لأحد^(١) .

وأما مالك وأحمد والشافعي ومهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فيرون قطع سارق الكفن ، لأنهم لايقرون نظرية التفاهة التي يقول بها أبو حنيفة . وعندهم أن كل مايباع ويشترى فهو مال متقوم يقطع في سرقة ، وعلى هذا فالكفن مال مسروق من حرز مثله وهو القبر ، وهو على ملك الميت إن كان من ماله ، أو على ملك الورثة على رأى ، والأصل أن الميت لايزول ملكه إلا عمالم يكن في حاجة إليه أما الكفن فهو في حاجة إليه فبقى على ملكه ، ولكنهم يشترطون للقطع أن يكون الكفن مشروعاً وأن تبلغ قيمته نصاباً ، فإن كان الكفن زائداً عن الحد الشرعى فلا تدخل قيمة الزائد في احتساب النصاب ، وإنما تحسب فقط قيمة الجزء المشروع ، فإن قلت عن النصاب فلا قطع ، وكذلك لا قطع فيما يوضع مع الميت في قبره من الأشياء الثمينة كالمصوغات وغيرها لأن الشارع لا يبيح وضع هذه الأشياء من ناحية . ولأن القبر ليس حرزاً لها من ناحية أخرى .

ويشترط الشافعيون أن يكون القبر في بيت محرز أو في مقبرة في عمارة ولو في جنب البلد ، فإن كان القبر في بيت غير محرز أو في مفازة فلا قطع ، ولكن الحنابلة رون القبر حرزاً ولو بعد عن العمران مادام القبر مطموماً العلم الذي جرت به العادة^(٢) .

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن ، لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم يبيع الله تعالى أخذه ، فيأخذه ممتلكاً له مستخفياً به ، وتلك صفة النباش فهو سارق^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ ، ٧٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٥ - المغني ج ١٠ ص

٢٨٠ - كشاف النجاشي ج ٤ ص ٨٢ (٣) المحلى ج ١١ ص ٧٣٠

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع في سرقة الكفن^(١).

والقائلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن يتفق مع رأيهم مأخذت به المحاكم المصرية والفرنسية ، إذ تعتبر الأشياء الموضوعة في القبر من كفن وغيره على ملك الورثة أو واضعها ، على أن هناك من يرى رأى أبى حنيفة ، ويعتبر الأكفان من قبيل المتروكات التي لا عقاب على أخذها ، أو يرى أن هذه الأشياء لأمالك لها^(٢).

الأشياء المباحة : هي التي لأمالك لها أصلاً وتكون ملكاً لمن يضع يده عليها ويحتازها كالماء فهو مباح أصلاً . ولكنه يصبح مملوكاً لمن يحتازه ويضع يده عليه ، وكالآلئ في قاع البحار ، وكالطيور والحيوانات البرية ، وكالأسماك فهذه كلها مباحة أصلاً ، إذ لا مالك لها ولكنها تصبح مملوكة لمن يحتازها .

والاستيلاء على الأشياء المباحة لا يعتبر في الشريعة سرقة لأنها مال لا مالك له ولأن شروط الأخذ خفية لا تتوفر فيها ، فهي لا تؤخذ من حرز ولا تخرج من حيازة شخص إلى حيازة الجاني .

الأشياء المتروكة : هي الأشياء التي كانت مملوكة للغير ثم تحلى عنها مالسها . كالملابس المستهلكة وبقايا الطعام ، وكفاسة المنازل .

وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة ، لأن الأشياء المتروكة تصبح بتركها ولا مالك لها . وملك الشيء للغير واجب لاعتبار السرقة .

٦١٥ - اللفظة: وهي ما يلتقط من مال ضائع، أو مال متروك على ملك تاركه، أو مال

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١ .

(٢) أحمد بك أمين ص ٣٦١ - شرح قانون العقوبات - القلي ص ٤٥ .

ضال^(١) أو هي ما وجد من حق ضائع محترم لا يعرف الواحد مستحقه^(٢) أو هي المال الساقط أو الحيوان الضال لا يعرف مالكة^(٣) ويقابل تعبير اللقطة في الشريعة مانسميه اصطلاحاً بالأموال الفاقدة أو الضائعة .

ولا يعتبر أخذ اللقطة في الشريعة سرقة ، حتى ولو أخذها الملتقط بنية تملكها وإنما يعتبر الملتقط مرتكباً لجريمة أخرى هي كتمان اللقطة أو كتمان الضالة ، ولهذا الجريمة عقوبة أخرى تختلف عن عقوبة السرقة ، فعقوبة السرقة القطع ، وعقوبة كتمان اللقطة أو الضالة التعزير وغرامته مثيلها على رأى .

ولم تلحق الشريعة كتمان اللقطة بالسرقة ، ولو أن المال الملتقط له مالك ؛ لأن هناك فرقاً كبيراً بين الالتقاط والسرقة . فالملتقط يعثر على المال مصادفة ولا ينتوى التقاطه إلا بعد العثور عليه ، أما السارق فيقصد السرقة غالباً قبل الأخذ خفية وقبل أن يعثر على المال للمسروق . والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز ، أما السارق فيسرق غالباً من حرز ، والسارق يأخذ المسروق خفية ، أما الملتقط فلا يحنى بأخذ اللقطة وليس ثمة ما يدعوا للخفية ، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدي لحفظ المال ، وإن كان بعض الفقهاء يقول بكرهيته ، فأما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة ، والالتقاط في ذاته لا تحرمه الشريعة وإنما المحرم هو كتمان اللقطة . واسكن السرقة محرمة لذاتها . . . كذلك الإبل فإنها لا تلتقط بانقائ .

ولهذه الفروق الظاهرة ، فرقت الشريعة بين السرقة والالتقاط وجعلت كلا منهما جريمة مستقلة ، وبهذا يأخذ كثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون الباجيكي والقانون الإيطالي ، واسكن القانون الفرنسي والقانون المصري يجعلان

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤٢١ .

(٢) آسنى المطالب ج ٢ ص ٤٨٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠

الالتقاط في حكم السرقة ويعاقبان عليه بمقوبه السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملكه .

والأصل في اللقطة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكأها وعفاصها ثم عرفها سنة . فإن لم تعرف فاستنفعها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه . وسئل عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها . معها سقاؤها وغذاؤها . ترد المال وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب .

وكتان اللقطة محرم سواء انتوى الملتقط وقت الالتقاط تملك الشيء وكتان اللقطة أو لم ينتو ذلك إلا بعد الالتقاط ، لأن العقوبة على السكتان وليست على مجرد الالتقاط ، على أن النية أثرها في بعض حالات الضمان وإن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب .

وللقطة أحكام خاصة في الشريعة أهمها : أن يعرف الملتقط اللقطة ويعلمن عنها لمدة معينة وله بعد ذلك أن يتصرف في الشيء ويتصدق بثمانه أو ينفقه على نفسه ولو كان غنياً على رأى ، ولصاحب الشيء أن يسترده كلما كان موجوداً ، وله أن لم يكن موجوداً الرجوع بثمانه على الملتقط^(١) .

الركاز والكسر : الركاز هو المال المدفون في الأرض ويسمى الركاز الكنز أياًضاف اصطلاح بعض الفقهاء وأن البعض يسمى ما وجد عليه سياء الجاهلية ركازاً . وما وجد عليه سياء الإسلام كنزاً .

والأصل في الركاز قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «وفي الركاز الخمس» . والمال

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ وما بعدها - أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٨٧ وما بعدها
المجلد ج ٨ ص ٢٥٧ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٢ ص ٤٢١ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨ .

الذى يسمى ركازا هو ما كان من دفن الجاهلية ، ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبي صلى الله عليه وسلم أو اسم أحد من خلفاء المسلمين أو وال من ولايتهم أو آية من قرآن أو نحو ذلك فالمال لقطة وقد عرفنا فيما سبق حكم اللقطة ، إذ المفروض فيه أنه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه . وإن كان على بعضه علامة الإسلام وعلى بعضه علامة الكفر فهو لقطة أيضاً .

والركاز الذى فيه الخمس هو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب أو الفضة والحديد والنحاس والرصاص والآنية إلى غير ذلك على رأى . وهو الذهب والفضة فقط على رأى آخر ، أما ما عداها فحكمه حكم المعادن التى توجد فى بطن الأرض ، ويفرق رأى ثالث بين ما اختلط بالتراب ويعتبره معدنا ، وبين ما تدل حالته على أنه دفن بفعل آدمى ويعتبره ركازاً .

وهناك خلاف على ملكية الركاز . فالبعض يراه مملوكا لواجده ، والبعض يراه مملوكا لمالك الأرض على تفصيل لا محل لذكره هنا^(١) .

وإذا اعتبر الركاز لمالك الأرض فإن أخذه واجده لا يعتبر سرقة ، ولو حفر عليه وأخذه ؛ لأن ماله لا يعرف شيئا عنه فلا يعتبر أنه أحرزه ؛ ولأن المالك لا يمكن أن يؤخذ خفية ، لأن البحث والحفر يقتضى العلانية فهو اختلاس أو غصب وفيه التعزير ، ولا قطع فيه لما سبق ، وحتى لو اعتبر سرقة فإن الخلاف على الملكية يعتبر شبهة تدرأ الحد .

(١) مواهب الجليل ج ٢ ص ٢٣٩ - شرح ملتقى الأنهر ج ١ ص ٢٠٥ - المغنى ج ٢ ص ٦١٢ - أسنى المطالب ج ١ ص ٣٨٥ - شرح الازهار ج ١ ص ٥٦٢ - المحلى لابن حزم

الركن الرابع

القصد الجنائي

٦١٦ - لا يعتبر الأخذ خفية سرقة . إلا إذا توفر لدى الأخذ القصد الجنائي . ويتوفر القصد الجنائي متى أخذ الجاني الشيء وهو عالم أن أخذه محرم ومادام أنه يأخذه بقصد أن يتملكه لنفسه دون علم الجني عليه ودون رضاه . فمن يأخذ شيئاً على اعتقاده أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي ؛ ولأنه أخذ ماخذه مباح الأخذ ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تمسكه كأن أخذه ليطلع عليه أو ليستعمله ويرده أو أخذه على سبيل الدعاية ، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن الجني عليه موافق على أخذه ، كل أولئك لا يعتبر أحدهم سارقاً لانعدام القصد الجنائي .

ويجب أن يؤخذ الشيء بنية تمسكه ، فمن يأخذ شيئاً لغيره ويعلمه في مكانه لا يعد سارقاً ، وإنما هو متلف للشيء . وكذلك الحكم لو استهلك الشيء في محله كطعام أكله أو شراب شربه أو طيب تطيب به ، فإن خرج بالشيء من حرزه ثم أتلفه أو استهلكه خارج الحرز فهو سارق لامتلف ، وهذا رأى جمهور الفقهاء . إلا أن الظاهريين يرون استهلاك الشيء في الحرز سرقة لا إتلافاً ، لأنهم لا يعتبرون الحرز ؛ ولأنهم يرون السرقة تامة بمجرد وضع يد المتهم على الشيء المسروق وضماً مادياً .

ومن يأخذ شيئاً مملوكاً له لا عقاب عليه ، لأنه لا يمكن أن يقال إنه أخذ الشيء بقصد تمسكه . إذ هو مملكه ، فلا يعد سارقاً المؤجر الذي يأخذ العين التي

أجرها ، ولا المير ولا المودع إذا أخذ المين التي أعارها أو أودعها ، ولا يعد سارقاً من يتصرف في الشيء تصرف الوكيل ولو لم يوكل في هذا التصرف لأنه لم يأخذه بقصد تملكه . كالشريك الذي يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه ، والدائن الذي يأخذ شيئاً لمدينه لا يقصد تملكه . وإنما يقصد حبسه تحت يده حتى يسد له دينه لا يعتبر سارقاً ، لأنه لم يقصد تملك الشيء . أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ما تقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين .

ومن أخذ شيئاً متنازعا على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقا ، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بجدية النزاع وبقصد الجاني ، فإني كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له . فالقصد الجنائي غير متوفر .

ولا يكفي القصد الجنائي مع الأخذ خفية لعقاب الأخذ ، فهناك حالات تتوفر فيها كل أركان السرقة ومع ذلك فلا يعاقب الأخذ إطلاقاً ، أو يعاقب بالتعزير دون القطع . فمن أخذ خفية مال حربى أو سال باع بقصد تملكه ، فلا يعتبر سارقاً ولا عقوبة عليه ؛ لأن أخذ مال الحربى ومال الباغى مباح ، ومثل ذلك استعمال الحقوق أو أداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجب إتيانه فحق الدفاع الشرعى يبيح للانسان أن يستولى من مال غيره على ما يدفع به عن نفسه ، فمن أخذ شيئاً للآخر ليدفع به جريمة قتل عن نفسه ، وظل يضرب به حتى تحطم واستهلك فلا عقوبة عايه .

ولا قطع على غير للكاف إذا أخذ خفية شيئاً للغير بقصد تملكه ، كالحربى يأخذ مال المسلم أو الذمى ، وكالباغى يأخذ مال أحدهما لأنه لاه مسؤولية على أحدهما . ولا بقطع الجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالا لغيره بقصد تملكه ، لأن حالة الجنون والعته والصغر مما يرفع العقوبة الجنائية عن (٣٩) التشريع الجنائى الاسلامى (٢)

الفاعل ، على أن امتناع القطع في السرقة قد لا يجمع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبي الذي يزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمسة عشر فلا يقطع ، ولسكنه يعاقب بعقوبة تأديبية .

ولا عقاب على السرقة في حالة الإكراه المادى أو الأدبى ، فمن يجبر مادياً على سرقة شيء ، أو يهدد بالقتل إن لم يسرقه لا عقاب عليه إذا سرق تحت تأثير التهديد .

ولا عقاب على مضطر لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فمن سرق ليرد جوعاً أو عطشاً مهلكاً لا عقاب عليه .
وعقاب السارق غير المضطر في عام الحجاء بعقوبة تعزيرية ، ولسكنه لا يقطع بشرط أن لا يجد ما يشتريه أو يشتري به ولو لم يضطره الجوع للسرقة .

٦١٧ - عقوبة الشريك إذا طأه الشريك الآخر لا يقطع : يرى مالك والشافعى أنه إذا اشترك اثنان في سرقة ، وكان أحدهما ممن لا يجب عليه القطع كالصغير غير المميز مع البالغ ، أو المجنون مع العاقل البالغ والأب مع الأجنبية . فيقطع البالغ وحده دون الصغير والمجنون ، وحجتهم أن القطع امتنع عن الصغير والمجنون لمعنى يخصه قائم في نفسه فلا يتعداه لشريكه ^(١) ويرى أبو حنيفة وزفر أنه إذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع درى القطع عن الشركاء ، وحجتهم أن السرقة واحدة ، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ممن لا يجب عليه القطع ، فلا يجب القطع على أحد ، كالعائد مع الخطيء إذا اشتركا في قطع أو قتل ، وإذا كان الإخراج أصل في السرقة إلا أنه يحصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون ، فكان إخراج من لا قطع عليه مثل إخراج من عليه القطع ضرورة الاتحاد ، ومن ثم وجبت المساواة بينها في العقوبة . ويرى أبو يوسف منع القطع عن يجب عليه القطع إذا كان الذى تولى الإخراج هو الشخص الذى لا يجب عليه القطع ؛ لأن الإخراج من الحوز

هو الأصل ، والإمانة كالتابع ، فإذا ولى الإخراج من ليس عليه قطع فقد أتى بالأصل ، وإذا لم يجب على من أتى بالأصل قطع ، لم يجب على من أتى بالتابع ^(١) وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى الشافعى ومالك ، والثانى كراى أبى حنيفة ^(٢) .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب الشافعى ومالك ^(٣) .

المبحث الثانى

فى أدلة السرقة

تثبت جريمة السرقة بما يأتى :

٦١٨ - أوّل : البينة ، أي شهادة الشهود : ويشترط فى شهود السرقة ماسبق بيانه من الشروط التى يجب توفرها فى شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذى ذكر بين الفقهاء . وتثبت السرقة بشهادة شاهدين اثنين : فإن قل العدد عن اثنين أو كان أحدهما امرأة أو كان أحدهما شاهد رؤية والآخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهما .

وتقبل شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة شاهد رؤية وشاهدى سماع ، وشهادة شاهد ويمين المدعى بقصد إثبات ملكية المسروق ، فإذا لم يكن غير هذه الشهادات فى جريمة السرقة امتنع الحكم بالقطع ؟ واقتصر القاضى على الحكم بتعزير الجانى وإلزامه بضمان قيمة الشيء المسروق ^(٤) .

ويشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع السارق بها والأصل عنده أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ، ولكن بطلان الشهادة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) الفتى ج ١٠ ص ٢٩٦ (٣) شرح الأجزاء ص ٣٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع ص ٨١ - الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ - الفتى ج ١٠ ص ٢٨٩ .

أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥١ .

بالنسبة للحد لا يمنع من ثبوت المال المسروق للجنى عليه بنفس الشهادة ، ولا يمنع من تعزيز الجانى بهذه الشهادة وتضمينه قيمة المسروق ، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضعيفة ، والشبهة تدرأ الحد ، ولكنها لا تمنع وجوب المال .

أما الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم . ولا يسلمون به . فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تقادم ما دام القاضى مقتنعا بصحتها .
وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم فى الحدود ^(١) .

وإذا تعدد السراق ، وكان بعضهم غائباً وبعضهم حاضراً ثبتت السرقة عليهم جميعاً بشهادة شاهدين ، ويقطع الحاضر من الجناة ، أما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة . بل يجب أن تعاد البيئة فى مواجهته ، أو تثبت عليه الجريمة فى مواجهة بيئة أخرى ^(٢) وهو ما يراه الأئمة الثلاثة . وعلى القاضى أن يتحقق من عدالة الشهود فى الحدود ولو لم يظن المتهم فى شهادتهم ، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم فى غير الحدود . مالم يظن فى شهادتهم على رأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة .

ويشترط أبو حنيفة لقبوله الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة من له يد صحيحة على الشيء المسروق . فإذا حضر الشهود ، وقبل الجنى عليه أو من له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة . لم تقبل شهادتهم مالم يحضر من له حق الخصامة أو الجنى عليه ، ويخاصم ، لأن من شرط السرقة أن يكون الشيء مملوكاً لغير السارق ، فلا تظهر السرقة إلا بالخصومة ، فإذا لم توجد الخصومة ، لم تقبل الشهادة ، إلا أن عدم قبول الشهادة لا يمنع من القبض على المتهم وحبسه بناء على تهايغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام ، والقبض والحبس لا يجوز أن يتوجه

(١) المنى ج ١٠ ص ١٨٧ - راجع الجزء الأول من التفرع الجنائى الإسلامى - بدائع الصنائع ص ٨١ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٨ .

بالإتهام ، فإذا حضر الجنى عليه أو غيره ممن له حق الخصومة ، وادعى ملكية المسروق قبلت الشهادة^(١) .

والمقصود من قبول الشهادة ، هو عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بها كدلائل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل الخصمة من سماع أقوالهم وتدوينها كبلاغ وحبس التهم بموجبها ، وإنما الممنوع هو الحكم بها^(٢) .

ولكن مالكا لا يرى الخصمة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها ، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على التهم ولو لم يحضر الجنى عليه ، ولو كان المتاع لعائيب أو مجهول . ويقطع السارق بشهادة الشاهدين ؛ لأن الحد متعلق بحق الله تعالى ، وقد ارتكب التهم الجريمة ، فوجب عليه عقوبتها^(٣) بل لو كذب الجنى عليه الشهود بالسرقة فلا يمنع هذا من القطع ما دامت السرقة ثابتة^(٤) .

ويرى الشافعى أنه إذا تقدم الشهود . فشهدوا بسرقة مال شخص غائب أو حاضر لم يبلغ قبلت شهادتهم حجة تغليباً لحق الله تعالى ، ولكن لا يقطع السارق بهذه الشهادة حتى يطالب المالك بالشئ المسروق . أو يطالبه عنه وليه أو وصيه ، فإذا ادعى ، اعتبرت الشهادة مرة ثانية بعد ادعائه لإثبات أن المال المسروق له ؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في المال ، أما وجوب القطع عليه ، فقد ثبت بثبوت السرقة التي ثبتت بشهادة الحسبة وإن كان القطع متوقفاً على الخصمة ؛ لأن عدم الخصمة تنفيد وجود مسقط للقطع فانتظار الخصمة هو انتظار ظهور مسقط ، فإذا خاصم تبين أن لا مسقط .^(٥) ورأى الشافعى لا يختلف من الناحية العملية عن رأى أبى حنيفة .

وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع مذهب أبى حنيفة وهو الراجح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٢ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ - المدونة ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ .

والثاني يتفق مع مذهب مالك ، وهو المرحوم (١) وأصحاب الرأي الأول يحتاطون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله . ويلاحظ أن الخاصمة مقيدة بالسرقة الموجبة للقطع ، فإن كانت السرقة مما يعزز فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقة ، وليس من الضروري سماع أقوال المجنى عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمين السارق قيمة المسروق ويكفى أن يثبت السرقة بأي طريق آخر غير طريق المجنى عليه . والتشدد في السرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور « ادروا الحدود بالشبهات » فمن اشترط حضور المجنى عليه اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن اللتمم حقا فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن التهمم أذن له في دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التي تدرأ القطع

من يملك الخصومة : وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطا لظهور السرقة المستوجبة للقطع فلا بد من بيان من يملك الخصومة ، والأصل عند أبي حنيفة أن كل من له يد صحيحة على الشيء المسروق يملك حق الخصومة ، وتكون اليد صحيحة كلما كانت يد ملك أو أمانة أو ضمان ، فللمالك أن يخاصم السارق ، وللمودع والمستعير والمضارب والفاصل والقابض على سوم الشراء والمرتهن ؛ لأن يد هؤلاء ، إما يد ضمان أو يد أمانة ، فلمهم جميعا أن يخاصموا السارق ، وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولا ، وفي حق القطع إذ يقطع السارق بخصومتهم ثانيا . ولكن زفر لا يعتبر الخصومة في حق القطع إلا من المالك فقط وهو مذهب الشافعي ، حيث يشترط مخاصمة المالك أو وكيله ، ولا يجوز مخاصمة واضع اليد كالمترهن والمستأجر أما مالك فلا يشترط الخاصمة والمطالبة للقطع ، وفي مذهب أحمد رأيان : رأى كمذهب مالك ، والثاني كمذهب الشافعي يشترط مخاصمة المالك دون غيره (٢) .

(١) المنقح ج ١٠ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ - المنقح ج ١٠ ص

٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٧ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ .

والسارق عند أبي حنيفة لا يملك الخصومة إذا سرق الشيء منه ؛ لأن يده ليست صحيحة على الشيء المسروق . فلا هي يد ملك ؛ ولا يد أمانة ، ولا ضمان فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة في هذه الحالة ، لأن الأخذ لم يخرج المال من حيازته ولكن له حق استرداد الشيء المسروق . وإذا كان السارق لا يملك الخصومة فإنه يترتب على ذلك سقوط القطع في حق السارق الثاني .

أما حق الاسترداد فقد اختلف فيه الفقهاء في المذهب . فيرى البعض أن السارق الأول ليس له أن يطالب السارق الثاني برد المسروق ويرى البعض أن له حق المطالبة بالاسترداد^(١) ومالك لا يشترط الخصومة ، ويرى قطع السارق من السارق ؛ لأنه سرق مالا للغير من حرز لا شبهة له فيه^(٢) ولكنه لا يحمل للسارق الأول حق استرداد المسروق . إنما الاسترداد للمالك .

وأحمد يشترط الخصومة . ولكنه لا يقطع السارق من السارق ، ولا السارق من الغاصب ولا يحمل حق استرداد المسروق إلا للمالك^(٣)

وفي مذهب الشافعي رأيان في قطع السارق من السارق . أحدهما كراى مالك والثاني كراى أحمد^(٤) وحق الاسترداد لا يكون في أى حال إلا للمالك

٦١٩ - ثانياً الإقرار : تثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة

لأن التقادم عند القائلين به لا يؤثر على الإقرار . إذ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه .

والظاهر يرون أن يكون الإقرار مرة واحدة ولا يتعدد .

وقد اختلف في عدد الأقرار . فاكثف مالك وأبو حنيفة والشافعي بإقرار واحد ، ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية مع أحمد والشيعة الزيدية أن يكون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ (٣) المغني ج ١٠ ص ٢٥٧ ، ٢٧٩

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

الإقرار مرتين ، وحجتهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين أو ثلاثاً ، ويترتب على اشتراط الإقرار مرتين عند القائلين ، إنه لو أقر مرة واحدة لم يقطع بها . ولكنه يعزر بها ويحكم عليه بقيمة المسروق ^(١) .

واختلف في اشتراط الخصومة مع الإقرار ، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يشترطون الخصومة مع الإقرار ، فلا يقطع المقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خصمه من يملك الخصومة كما هو الحال في حالة الثبوت بالبيينة ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفي لا يشترط الخصومة في حال الإقرار ويرى القطع في السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة دون حاجة للخصومة وحجته في ذلك . أن المقر لا يهتم في الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمة لما أقر للرسول أنه سرق بعيراً ، أرسل الرسول يسأل الجني عليهم فقالوا : فقدنا بعيراً في ليلة كذا . فقطعه .

ويحتج لذلك أيضاً ، بأن الظاهر أن من في يده شيء فهو ملكه : فإن أقر به أفبره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدقه المقر له ، والغائب يجوز أن يصدقه ، ويجوز أن يكذبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن المتهم .

وقد علمنا فيما سبق أن مالسكا لا يشترط الخصومة للقطع سواء ثبتت السرقة بيينة أو إقرار ^(٢) .

وإذا أقر الجاني ورجع عن إقراره لم يقطع ، لأن العدول شبهة في صحة الإقرار . ولكن يمكن أن يعزر على أساس إقراره ، وأن يحكم عليه بضمان المال المسروق وإذا عدل المتهم عن الإقرار ، وكانت الجريمة ثابتة بشهادة

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٩١ - ٢٩٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - بدائع الصنائع ص ٨١ ، ٨٢ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٠٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - شرح الزرقاني ج ٨

ص ١٠٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٢

الشهود ، قطع الجاني بناء على ثبوت الجريمة بالبيئة . وهذا ما يراه أحد ومالك والظاهر يرون ^(١) .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولا بالإقرار ثم ثبتت بالبيئة إذا رجع عن الإقرار ^(٢) .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة ، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد ^(٣) .

وليس للعدول عن الإقرار أى أثر عند الظاهريين ، بل يؤخذ الجاني بإقراره ولو عدل عنه ، لأنهم لا يدرأون الحدود بالشبهات ، ويرى بعض الشافعية هذا الرأى على أساس أن السرقة حق متعلق بالأفراد ^(٤) .

٦٢٠ - ثالثا : اليمين : فى مذهب الشافعى رأى أن السرقة تثبت باليمين

المردودة ، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم ، فإذا لم يكن شهود ولا إقرار . فنسب الجنى عليه السرقة للمتهم ، فنكل السارق عن اليمين فخلفها المدعى قطع السارق ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبيئة وسيلة من وسائل الإثبات ، وكل منهما يقطع به فيقطع باليمين المردودة .

لكن الرأى الراجح فى المذهب ، أن القطع لا يكون إلا بالبيئة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ^(٥) . وهذا الرأى يتفق مع مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلا مثبتا إلا للمال دون غيره ، وأن السارق لا يقطع بها ^(٦) .

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ - المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ويراجع مذهب أبى حنيفة فى شرح فتح القدير .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ (٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٦٤

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ - المغنى ج ١ ص ١٢٨

المبحث الثالث

فيما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق ،
ثانيهما : قطع السارق .

٦٢١ - أوور الضمان : يسلم أبو حنيفة وأصحابه أن الجاني إذا ثبتت عليه السرقة ملزم بضمان قيمة الشيء المسروق ، وأنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سارق ، ولكنهم يرون الضمان والقطع لا يجتمعان معاً ، فإذا قطع السارق فلا ضمان عليه حتى ولو استهلك الشيء المسروق بعد القطع ، وحجتهم أن نص القرآن جاء بالقطع فقط ، وأن عبد الرحمن بن عوف روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولهم حجة أخرى منطقية وهي : أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه ، وكأنه أخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه . والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بين حالة الاستهلاك قبل القطع وحالة الاستهلاك بعده ويرون أن السارق يضمن المال المسروق إذا استهلكه بعد القطع ، أما إذا استهلكه قبله فلا ضمان . وحجتهم أن المال المسروق حين يبق في يد السارق بعد القطع يبق تحت يده على سبيل الأمانة ليرده للمجنى عليه ، فإذا استهلكه ضمن قيمة^(١) ويرى الحنفية عموماً . أن للمالك استرداد المسروق بعد القطع مادام المسروق لم يستهلك . سواء كان المسروق في يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير ، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ، ولكن ليس له أن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ .

يرجع عليه بالقيمة ، لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان ، وقد انتهى الضمان عن السارق بالقطع ، أما الرجوع بالثمن فلا يوجب على السارق ضمانا في عين المسروق وإن كان قد هلك في يد المتصرف إليه فلا ضمان عليه ولا على السارق ؛ لأن السارق قطع ، والقطع ينفي الضمان ولأن تضمين المتصرف إليه يعطيه حق الرجوع على السارق بالضمان . فتكون النتيجة تضمين السارق ، وقطعه ينفي عنه الضمان ، فإذا كان المتصرف إليه قد استهلك المسروق كان للمجنى عليه أن يرجع بقيمة المسروق على المتصرف إليه ، لأنه قبض ماله بغير إذن واستهلكه وكان للمتصرف إليه أن يرجع على السارق بالثمن ، والرجوع بالثمن ليس تضمينا ، وإنما التضمن هو الرجوع بالقيمة ، وإذا غصب المال المسروق شخص من السارق ، كان للمجنى عليه أن يسترد المال من يد الغاصب ، فإذا هلك المال في يد الغاصب ، كان للمجنى عليه أن يرجع على الغاصب بقيمته على رأى . ولم يكن له على رأى آخر ؛ لأن عصمة المال قد سقطت بالقطع^(١) واختلاف فقهاء الحنفية في حالة تعدد السرقات ، وتعدد المجنى عليهم . والقاعدة أنه إذا تعددت السرقات قبل الحكم ، تداخلت الحدود وأجزأ أحدها . فيقطع السارق مرة واحدة في كل السرقات ، والخلاف ليس على هذه القاعدة فهي مسلم بها من الجميع . وإنما اختلفوا في الضمان إذا تعددت السرقات ، فقريق يرى أن المجنى عليهم إذا حضروا جميعا وخاصوا . فلا ضمان على السارق ، لأن مخاصمة السارق في المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان ، أما إذا خاصم أحدهم أو بعضهم ولم يخاصم الباقون . فالضمان لمن لم يخاصم ، وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد ، وحجتهم ، أن المجنى عليه مخير بين أن يدعى المال فيستوفى حقه وهو الضمان ، وبين أن يدعى السرقة ، فيستوفى حق الله تعالى فهو القطع ولا ضمان له . فسقوط الضمان أساسه عندهما ، الادعاء بالسرقة . أما رأى المضاد فهو رأى أبى حنيفة ، ويرى أن لا ضمان لأحد من المجنى عليهم ، لأن القطع

وقع للسرقات كلها . فينتفى الضمان لأيهما ^(١) .

ويرى الشافعى وأحمد ، أن القطع والضمان يحتملان دائماً ؛ لأن السارق يأتي بما يوجب القطع ، ويأتي بما يوجب ضمان قيمة المسروق في كل سرقة ، فـ كان الواجب عليه هو القطع والضمان . ذلك أن كل سرقة إنما هي اعتداء على حقين أولهما : حق الله تعالى الذي حرم السرقة أو حق الجلاءة التي تضر بالسرقة . والثاني : حق العبد الذي أتلف ماله دون مبرر ، وإذا كانت الجريمة اعتداء على حقين ، فليس ثمة ما يمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين . أى أن يكون الجاني مسئولاً عن هذين الحقين ، كذلك فإن الجاني ضامن لرد العين كلها كانت باقية تحت يده . فيجب عليه ضمان قيمتها إذا كانت تالفة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولا يسلّم الشافعية والخنفية بحديث عبد الرحمن بن عوف ، لأن أحد روايته مجهول .

وعلى هذا يجب على السارق رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية فإذا كانت تالفة . فعلى السارق رد قيمتها أو مثاتها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع ، موسراً كان أو معسراً . وإذا تعدد المجنى عليهم في السرقة ، فالسارق ضامن لكل منهم قيمة ما سرق منه أو مثله سواء خاصم أو لم يخاصم ^(٢) .

وإذا تصرف السارق في العين لغيره . كان للمالك أن يسترد العين من هذا الغير وللآخر الرجوع على السارق بقيمتها

ويرى مالك أن السارق يضمن قيمة المسروق إذا لم يحكم عليه بالقطع أياً كان السبب في عدم القطع ، كأن كان لعدم تمام النصاب في المال ، أو في الشهادة أو لأنه سرق من غير حرز ، أو لأن يده قطعت في جناية أخرى عمداً أو خطأ أو في حادث عرضي ، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف ، وسواء كان التلف باختياره أو بالرغم منه ، وسواء كان السارق موسراً أو معسراً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ - المفتي ج ١٠ ص ٢٧٩ .

أما إذا كانت الدين باقية فعليه ردها . أما إذا قطع في السرقة فعليه رد العين إن كانت موجودة . فإن لم تسكن موجودة فعليه قيمتها أو مثاها بشرط أن يكون موسراً وقت السرقة ويظل يسره حتى يقطع . فإن كان معسراً وقت السرقة ثم أبسر بعد ذلك ولو قبل القطع ، فلا ضمان . وكذلك لو كان موسراً وقت السرقة ثم أعسر بعد السرقة وقبل القطع ولو عاد إلى يساره بعد القطع .

وأساس هذه التفصيلات عند مالك . هو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « إذا أقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه » ويفسر مالك هذا الحديث بأنه لا يجوز أن يجتمع على السارق عقوبتان ، قطع يده ، واباع ذمته . ولكن مالك يرى أن اليسار المتصل كالمال القائم . فإذا ظل السارق في يساره من وقت السرقة إلى وقت القطع فلا يعتبر أنه عوقب بتضمينه قيمة المسروق الذي تصرف فيه ، فدخل ثمنه في ماله أو استهلكه . انتفع به أم لم ينتفع . ورأى مالك استعصان على غير قياس^(١) . وتطبق هذه القواعد في حالة تعدد السرقات وتعدد الجني عليهم وللمالك إذا تصرف السارق في العين لآخر أن يسترد العين من الآخر .

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة . فالسارق إذا قطع لم يضمن^(٢) .

٦٢٢ - ثانياً - القطع . أساس القطع : الأصل في القطع قوله تعالى

﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ .
وعقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من الجني عليه ولا من رئيس الدولة ، ولا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها . والأصل في ذلك ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجافوا العقوبة بينكم ، فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا » كذلك لا يجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها وهذه المبادئ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥ .

متفق عليها . ولا يخالف فيها إلا الشيعة الزيدية . حيث يرون أن القطع يسقط عن السارق بعفو المجنى عليه في السرقة ، فإذا تعدد المجنى عليهم وجب لسقوط القطع أن يعفو كل منهم ^(١) .

كذلك يرون أن للامام مع وجوب إقامة الحد أن يسقط العقوبة عن بعض الناس لمصلحة . وله أن يؤخر إقامته إلى وقت آخر لمصلحة . على أن بعضهم يرى أن ليس للامام إسقاط حد القذف ولا حد السرقة ^(٢) .

٦٢٣ — محل القطع : اختلف الفقهاء في محل القطع إلى حد كبير . ولهم في ذلك آراء مختلفة . وأساس اختلافهم تأويل قوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ واختلافهم في صحة ما أثر عن الرسول فرأى عطاء : أن السارق إذا سرق قطعت يده في السرقة الأولى ولا قطع بعد ذلك إن عاد للسرقة . وعلى هذا . فإن جزاء السرقة هو قطع اليد اليمنى في أول سرقة أما السرقات الأخرى فلا قطع فيها ، وإنما يعاقب السارق عقوبة تمزيرية . وحجة عطاء ، أن الله جل شأنه قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولو لم يكن الله تعالى نسيا ^(٣) .

ويرى الظاهريون أن القطع واجب في اليدين معاً . فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية . فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله — أي حبس طويلاً حتى يصلح حاله — وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق لا بقطع رجله ، فلا يجوز أن يقطع من السارق غير يديه ^(٤) . ومحل القطع عند أبي حنيفة والشيعة الزيدية وعلى الرأي الأول

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٢٤ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ — بدائم الصنائع ج ٧ ص ٥٥ — كشف القناع ج ٤ ص ٨٧، ٤٧ المذهب ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢٨٧ ، ٢٨٩ ، ٢٩٢ — الاحكام السلطانية ص ٢٦٥ المدونة ج ١٦ ص ٦٧ — المحلى ج ١١ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٥٤ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ .

- وهو الزاجح في مذهب أحمد - هو اليد اليمنى والرجل اليسرى ، فتقطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، فإن عاد للسرقة قطعت الرجل اليسرى ، فإن عاد فلا قطع بعد ذلك . وإنما يحبس إلى مدة غير معينة حتى يموت أو تظهر توبته . وحجتهم في ذلك أولا ، ما روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ، ولأن نص القرآن فاقطعوا أيديهما قصد منه اليد اليمنى نقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود « فاقطعوا أيماهما » ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه . بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فخرجت قراءته مخرج التفسير ؛ ولأن القطع - قطع اليدين - يفوت منفعة الجنس ، وكذلك قطع الرجلين معاً ، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشي أو يتطهر أو يدفع عن نفسه ، ولأن عمر وعائياً لم يريا أن يقطعا أكثر من يد ورجل السارق ، فقد أتى على سارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال : إني لأستحي من الله ألا أدع له يداً يبطش بها ، ولا رجلاً يمشي عليها . ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال : إذا قتلتها وما عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ وروى عن عمر أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه على بذلك ^(١) .

ومحل القطع عند مالك والشافعي وعلى الرأي الثاني في مذهب أحمد هو اليدين والرجلان معاً . فتقطع اليد اليمنى أولاً . فإن عاد السارق قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى ، فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته . وحجتهم أن الله تعالى قال « فاقطعوا أيديهما » والأيدي اسم جمع والاثنان فما فوقهما جمع . وإن أبا هريرة روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في السارق « السارق إن سرق

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٤ ، ٢٧٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٦ - شرح الازهار

فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجليه ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجليه « ولأن أبا بكر وعمر قطعاً في خلافتهم اليدين والرجلين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتدوا بالذين من بعدي . أبي بكر وعمر » ^(١) .

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى صحيحة . فإن كانت مقطوعة أو شلاء مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام فلا تقطع اليمنى لأن القطع للسرقة شرع للزجر لا للإهلاك . فإذا لم تكن اليسرى يمكن الانتفاع بها . فإن قطع اليمنى يؤدي إلى تفويت منفعة اليدين . وهو إهلاك للنفس من وجه ، وإذا كانت اليسرى كذلك فلا تقطع الرجل اليسرى أيضاً . لأن قطعها يؤدي إلى ذهاب أحد الشئتين على الكمال . ففيه إهلاك النفس .

ويرى أبو حنيفة أيضاً ، أنه إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها فلا تقطع اليد اليمنى ؛ لأن في ذلك فوات منفعة الشق وكذلك لا تقطع رجليه اليسرى وإن كانت صحيحة ؛ لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس - أي منفعة المشي - وإن كانت رجليه اليمنى مقطوعة الأصابع كلها . فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها كلها تقطع يده اليمنى ؛ لأن الجنس لا تفوت منفعته ، وإن كانت يده صحيحتين ولكن رجليه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع يده اليمنى ، لأن جنس المنفعة لا يفوت وليس فيه فوات الشق ، وإن كانت اليد اليمنى شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع . فإنها تقطع ؛ لأن اليد السليمة تقطع فالمعيبة إذن أولى بالقطع .

ورأى أبي حنيفة فيما سبق يتفق مع رأى أحمد ، ولكن الأخير يخالف في أنه يعتبر اليد التي ذهب معظم نفعها في حكم المعدومة . فلا يعتبر معدومة ما ذهب منها خنصر أو بنصر أو إبهام : أما أبو حنيفة فيعتبر في حكم المعدوم

(١) شرح الزرقاني ج ٢ ص ٩٢ ، ٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ وما بعدها .

ما قطع منه أصبعان غير الإبهام ، أو قطع منه الإبهام فقط ؛ لأن ذلك في رأيه يقوت منفعة البطش .

وفي مذهب أحمد رأى لا يرى قطع الشلاء أصلاً . والانتقال إلى غيرها . . فإن كانت اليد اليمى شلاء ، قطعت الرجل اليسرى . ولكن رأى الأخير يرى قطع الشلاء إذا رأى أى أهل الجبرة أنها لو قطعت رقاً دمها وانحمت عروقها . وفي المذهب رأى يرى ألا تقطع اليد إذا كانت كل أصابعها ذاهبة ، ورأى يرى قطعها^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة كما ورد ذلك في شرح الأزهار . ويتفق مالك والشافعي كما ذكرنا من قبل في قطع اليدين والرجلين . ولكن مالكا يرى ألا قطع في يد ولا قدم مشلولة شللاً ظاهراً . وإذا قطع من اليد معظم أصابعها ، كثلاثة أو أربعة أصابع ، اعتبرت عند مالك في حكم المشلولة وكذلك الرجل .

أما الشافعي فإنه يرى قطع اليد أو الرجل ولو كانت شلاء ، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الألم ، ويكتفى بقطع اليد ما دام فيها أصبع واحد . بل يرى بعض فقهاء المذهب الاكتفاء بالكف دون الأصابع^(٢) .

ومن المتفق عليه بين جميع الفقهاء . أن القطع يسقط إذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها ، سواء كان الذهاب باقياً ، أو قصاص ، أو جناية . فن حصل له حادث بعد السرقة . فذهبت فيه يده اليمى سقط عنه القطع . . ولم ينتقل للرجل اليسرى . ومن قطع يمنى شخص بعد السرقة فحكم له بالقصاص ، فقطعت يده اليمى ، سقط عنه القطع للسرقة ولم ينتقل إلى الرجل اليسرى . . أما إذا كانت الجناية التي حكم فيها بالقصاص وقعت قبل

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ - كشف القناع - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٣

(٤٠ - التشريع الجنائي الإسلامي (٢)

السرقه فالقطع ينتقل للرجل اليسرى^(١) .

وإذا قطع شخص عمداً العضو المستحق القطع سقط القطع ، وليس على العادى إلا التعزير . ويسقط القطع ؛ لأن العضو المستحق ذهب بسبب نشأ بعد السرقه ولا قصاص على العادى ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم ، وإنما يعزر لافتياته على الإمام ولو كان القطع قبل ثبوت السرقه . والحكم بالقطع ما دام الاعتداء حدث بعد السرقه ، وما دامت السرقه قد ثبتت وكانت مما يجب فيه القطع ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد إلا أن بعض المالكية يشترط أن يكون الاعتداء بعد ثبوت السرقه لا بعد وقوعها^(٢) .

ويفرق الحنفية بين حالتين ، حالة ما إذا كان الاعتداء قبل المحاصمة أو بعدها فإن كان قبل المحاصمة فعلى المعتدى القصاص ؛ لأن القطع لا يجب فى السرقه إلا بالمحاصمة فكان العضو حين قطع غير مستحق القطع . فقطع وهو معصوم . وينتقل القطع فى السرقه إلى الرجل اليسرى إذا كان المقطوع هو اليد اليمنى . كأن سرق ولا يمين له . أما إذا كان الاعتداء بعد المحاصمة . فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب . إلا أنا همنا لا نقطع رجله اليسرى ، لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمين وقد فانت . فسقط الواجب كما لو ذهب بأفة سماوية ، وإن كان بعد القضاء فلا قصاص على القاطع ، لأنه احتسب لإقامة حد الله تعالى فكان قطعه عن السرقه^(٣) .

وإذا شهد بالسرقه فحبسه الحاكم لعدل الشهود . فقطعه قاطع . ثم عدلوا فلا قصاص على القاطع عند الأئمة الثلاثة . وإن لم يعدلوا وجب القصاص . ولكن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ - المنى ج ١٠ ص ٢٦٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص

١٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ .

الحنفيين لا يرون القصاص ، لأن صدق الشهود محتمل فيكون ذلك شبهة^(١) .
 وإذا عدا شخص على السارق . فقطع يسراه بعد السرقة عمداً أو خطأ فعليه
 القصاص في العمد والدية في الخطأ ، ولكن قطع اليمين يسقط عن السارق عند
 أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية « لأنه لو قطع لأدى قطعه إلى تفويت منفعة
 الجنس ، ولكن مالك والشافعي لا يسقطان قطع اليمين عن السارق ، لأنهما
 يميزان قطع اليدين والرجلين . بينما لا يميز أبو حنيفة وأحمد إلا قطع يد
 ورجل فقط^(٢) .

وإذا قطع الإمام أو الجلاد اليسرى بدلا من اليمين خطأ أجزأت ، وليس
 على القاطع ضمان في رأى البعض ، وعليه الضمان في رأى البعض الآخر ، أما إذا
 قطعها عمداً وهو عالم أن السنة قطع اليمين فعلى القاطع القصاص ، ولا يسقط
 القطع عن السارق فتقطع يده اليمين عند مالك والشافعي ، وعليه التعزير عند
 أبي حنيفة والضمان . وكذلك يرى بعض الحنابلة . ولكن البعض الآخر يرى
 القصاص . ولكن الحنفيين عموماً والحنابلة يرون أن قطع اليسار يمنع من قطع
 اليمين ويجزى عنه ، لأن قطع اليمين يفضى إلى تفويت منفعة الجنس . كما يؤدي
 إلى قطع اليدين في سرقة واحدة .

ويرى أبو حنيفة ألا ضمان على القاطع في هذه الحالة ، لأن القاطع أتلف
 وأخلف خيراً مما أتلف . أى أنه إذا كان فعل القاطع أدى إلى إتلاف اليسرى .
 فقد أدى إلى إبقاء اليمين وهى خير من اليسرى^(٣) .

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - حاشية ابن عابدين ص ٢٨٧ - الزيلعي ج ٣
 ص ٢٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ - شرح الزرقاني ج ٨
 ص ٩٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ - شرح الأزهار ص ٣٧٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٣ ، ٩٤ - أسنى المطالب
 ج ٤ ص ١٥٣ كشف القناع ج ٤ ص ٨٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ .

٦٢٤ - موضع القطع : موضع القطع من اليد هو مفصل الزند عند الأثمة الأربعة والظاهرين والشيعة الزيدية ، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع ، فلا تقطع الكف ، ويرى الخوارج القطع من المنكب . . . وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب ، ولكن الشيعة الإمامية يرون القطع من مقعد الشراك ليبقى للسارق عقب يمشى عليه . وحجة الخوارج أن اليد تطلق على الذراع كله . وحجة الشيعة الإمامية أن علياً قطع أصابع اليد دون الكف ، وقطع القدم دون الكعب . وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل الكعب ، أن أقل ما يطلق على اليد هو الكف والأصابع . وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين^(١) .

٦٢٥ - الترافل : إذا سرق السارق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميع السرقات وتداخلت الحدود جميعاً ، لأن السرقة حد من حدود الله تعالى . فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا . والقاعدة ، أن ما تعلق بحق الله تداخل ، وما تعلق به حق لآدمي لم يتداخل^(٢) ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين : الأولى - إذا اتحد الموجب . أي اتفق قدر ما توجبه كل جريمة كالقذف والشرب ، فمقوبة كل منهما ثمانون جلدة ، وكالسرقة وقطع اليد اليمنى فالأولى عقوبتها القطع والثانية القصاص . فإذا أقيمت إحدى العقوبتين أو العقوبات التي تتحد في الموجب سقطت العقوبات الأخرى ولو لم يقصد عند إقامة العقوبة التي أقيمت أن تجزى عن غيرها ، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على الحدود .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ - المفنى ج ١٠ ص ٢٦٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٢ شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢، ٩٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ - بداية الجهد ج ٢ ص ٢٧٨ .
(٢) المفنى ج ١٠ ص ٢٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ .

الثانية - إذا تكررت موجبات الجريمة الواحدة كالسرقة مراراً قبل الحد أو الشراب مراراً قبل الحد . ويرى بعض الحنابلة أنه لو سرق جماعة وجأوا متفرقين فإن الحدود لا تتداخل . ولعله يقىس ذلك على حد القذف ، ولكن الصحيح أنها تتداخل . لأن القطع خالص حق الله تعالى . وإن توقف على خصامة المالك . أما حد القذف فحق لآدمى ويتوقف على المطالبة باستيفائه ^(١) .

٦٢٦ - من الذي يقيم الحر ؟ يقيمه الإمام أو من ولاه من الحكام .

٦٢٧ - تعليق اليد بمر قطعها : ويرى الشافعى وأحد أن تعلق اليد

المقطوعة وقتاً ما فى عنق السارق للزجر والتنكيل ، أخذاً بما رواه الترمذى من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلق فى عنقه ^(٢) ولم يحدد الحنابلة الوقت وحدده الشافعية بساعة ، ويرى الشيعة الزيدية التعليق على أن يكون ثلاثة أيام ^(٣) ، ولا يذكر المالكية والحنفية شيئاً عن تعليق اليد .

٦٢٨ - سقطات القطع : إذا وجب القطع على السارق فلا مفر من

تنفيذ العقوبة ، إلا إذا سقطت بسبب ما ، والأسباب المسقطات للقطع مختلف عليها بين الفقهاء ، فما يراه البعض مسقطاً للعقوبة لا يراه البعض كذلك . وسنبين فيما يلى أسباب السقوط المختلف عليها والمتفق عليها :

١ - تكذيب المسروق منه السارق فى إقراره بالسرقة أو تكذيبه الشهود

فما شهدوا به من السرقة ، فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة ، ويترتب على بطلانها سقوط القطع . وهذا هو مذهب أبى حنيفة . ويستوى أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد الخصامة والادعاء بالسرقة ، ولكن مالكا - وهو لا يعتبر الخصامة - لا يرى فى تكذيب الجنى عليه لإقرار الجانى أو للشهود ما يسقط

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨

(٢) أسنى المطالب ١٥٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٢

انقطع مادام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجاني . ولا يتفق مع الحقيقة ، والأمر كذلك عند الشافعي وأحمد إذا كان التكذيب بعد الخاصمة والادعاء بالسرقة . أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع ، لأنه لا يجب إلا الخاصمة ، والتكذيب المبتدأ يمنع من الخاصمة .

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك في هذه النقطة . أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كمذهب أبي حنيفة ، لأنهم لا يسقطون القطع بعفو المجنى عليه فسواء كان التكذيب صحيحاً أو مقصوداً به مساعدة الجاني ، فهو مسقط للحد عندهم (١) .

٢ - العفو عن السارق على أن يكون من جميع المجنى عليهم ، فإن كان من بعضهم دون البعض فلا يسقط القطع . وهذا رأى الشيعة الزيدية ولا تأخذ به المذاهب الأخرى المقارنة (٢) .

٣ - رجوع السارق عن إقراره صراحة أو ضمناً إذا لم يكن دليل إلا الإقرار فإذا كان دليل آخر فهو على ما بينا عند الكلام على الإقرار . وهذا متفق عليه إلا من الظاهريين وبعض الشافعية ، فإنهم لا يرون الرجوع عن الإقرار مسقطاً للقطع .

وإذا اشترك في السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر سقط القطع عن عدل دون غيره عند مالك والشافعي وأحمد ، وعند أبي حنيفة يدرأ القطع عن الآخر ، لأن السرقة واحدة وشركتهما ثابتة ورجوع أحدهما يورث شبهة في حق الشريك الآخر ، وإذا اعترف أحدهما بالسرقة وأنكر الآخر ولم يكن عليه دليل . فالقطع على المقر وحده عند الجميع . إلا أن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفي يرى ألا يقطع المقر ، لأنه أقرب بسرقة واحدة بينهما على الشركة ، فإذا لم تثبت في حق شريكه بإنكاره

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - المدونة ج ١٦ ص ٩٥

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة . وأصحاب الرأي المضاد يرون أن إقراره بالشركة في السرقة إقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما . إلا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت فعل السرقة بالنسبة له ، وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه . فيبقى إقراره على نفسه بالسرقة قائماً فيؤخذ به ^(١) .

٤ — رد المسروق قبل المرافعة : يرون في مذهب أبي حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطها ؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع فإذا رد السارق المسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة . بخلاف ما بعد المرافعة ، لأن الشرط وجود الخصومة لابقاؤها .

وهناك رواية عن أبي يوسف بأن الرد قبل المرافعة لا يسقط القطع ؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع . فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة ولا يسقط القطع الواجب لها كما لو رده بعد المرافعة ، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الخرز بعد إخراجه يجب فيه القطع . وعند مالك والشافعي وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع ، لأن مالك لا يعتبر الخصامة ولأن الخصامة كما يراها الشافعي وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع . فإذا خاصم الجني عليه وجب القطع . ولو رد الجاني للمسروق ولو كان الرد قبل المرافعة ^(٢) .

٥ — تملك السارق للمسروق قبل القضاء : يرى الحنفيون أن السارق إذا تملك المسروق قبل القضاء سقط القطع فإذا تملكه بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط القطع أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبي يوسف ، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى ، وعند الشافعي وأحمد الحكم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ — كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٥١ — المذهب ج ٢ ص ٣٦٤ — المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .
(٢) المراجع السابقة .

كذلك ، لأن من شرط الحكم بالقطع المطالبة بالمسروق ، فإذا تملكه السارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، أما إذا كان التملك بعد الشكوى فلا يسقط القطع ؛ لأن المطالبة وجدت فعلا ، أما عند مالك فالعبرة بتملك المسروق وقت السرقة . فإذا كان لا يملكه وقت السرقة قطع به ، لأن مالكه لا يشترط المطالبة ويرى القطع ولو رد الشيء المسروق قبل الشكوى ، ولو كانت الشكوى من أجنبي^(١) .

٦ — اراء ملكية المسروق : إذا ادعى الجاني ملكية الشيء المسروق ، فيرى البعض أن الادعاء يسقط القطع ، وقد تكلمنا عن ذلك فيما سبق فيراجع .
الشفاعة في السرقة :

لا يرى الفقهاء أساساً بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الحادث الإمام ، فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حد فقد وجب » . وما يروى عن الزبير بن العوام أنه قال في الشفاعة في الحد : « يفعل ذلك دون السلطان . فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه » وقال مالك : إن السارق إذا لم يكن يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام .
وأما من عرف بشر وفساد فلا ينبغي أن يشفع له أحد ، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه .

وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه ؛ لأن ذلك إسقاط لحق وجب لله تعالى . وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة بن زيد في الخزومية التي سرقت وقال « تشفع في حد من حدود الله ؟ » وقال ابن عمر : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه^(٢) .

ما يترتب على سقوط الحد : إذا سقط الحد بعد ثبوت السرقة ترتب على

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٧٧ — المدونة ج ١٦ ص ٨٩ — شرح الزرقاني ص ٨٩

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٩٥ — شرح الزرقاني ص ١٠٨ — المذهب ج ٢ ص ٣٠٠ —

الحلى ج ١١ ص ١٥١ .

فذلك نتيجتان : أولاها : دخول المسروق في ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك في يده أو استهلكه بنفسه ، وسواء كان موسراً أو ممسراً ، لأن المانع من الضمان عندهم هو القطع وقد سقط ، وإذا حلت عقوبة التعزير محل القطع فإنها لا تمنع من الضمان . ثانيهما : وجوب رد عين المسروق إن كان قائماً . فإن لم يكن قائماً كإهلاك أو استهلاك فعلى السارق قيمته .

وهاتان النتيجتان ترتب على كلتاها في الحالات التي يجب فيها الضمان والرد . أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتين النتيجتين . فمثلاً إذا كان السارق قد رد المسروق قبل التبليغ فلا ضمان ولا رد مالم يكن رده ناقصاً . وإذا كان قد تملكه بعد السرقة فلا ضمان ولا رد^(١) .

الشروع في السرقة

٦٢٩ - للتفريق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى في الشريعة الإسلامية ، لأن القطع لا يكون إلا في السرقة التامة . أما الشروع فلا قطع فيه بأي حال ، وعقوبته دائماً التعزير .

وتتم السرقة عند الظاهر بين بمجرد استيلاء الجاني على الشيء استيلاء مادياً . أي بمجرد وضع يده عليه وضماً مادياً ولو لم يخرج من الحرز أو ينقله من مكانه أما عند عامة الفقهاء فتم السرقة بإخراج الشيء للمسروق من حرزه بحيث يدخل في حيازة الجاني ويخرج من حيازة الجنى عليه .

والحرز كما عرفنا نوعان : حرز بطبيعته وحرز بالحفاظ . فيجب لتمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق للمسروق من الحرز . فإن سرق من مسكن فلا تتم السرقة إلا بإخراج المسروق من المسكن . أما إخراج المسروق إلى ساحة الدار فلا يعتبر سرقة تامة إلا إذا كانت الغرفة المسروقة

(١) راجع في هذا الموضوع بدائع الصنائع ص ٨٩ - المتى ج ١٠ ص ٢٨٠ .

تكون وحدها حرزاً مستقلاً ، وكانت الساحة مشتركة لها وللغرف الأخرى . أما السرقة من حرز بالحفاظ فتعتبر تامة بمجرد انفصال السارق عن البقعة التي فيها الشيء المسروق ، لأنه بذلك ينفصل عن الحرز . فمن سرق من نائم في المسجد ثوباً يتوسده يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد إخراج الثوب من تحت النائم ، ومن أخذ ثوباً للجالس في المسجد من جواره يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد انفصاله عن مكان الثوب ولو لم يخرج من المسجد ، ومن نسل من إنسان نقوداً يعتبر مرتكباً لسرقة تامة بمجرد انفصال النقود عن ملابس الجنى عليه ولو ظل واقفاً بجوار الجنى عليه .

ورأى جمهرة فقهاء الشريعة في السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأي الذي عليه جمهرة شراح القوانين الوضعية ، والذي تأخذ به أكثر هذه القوانين وهو أن السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج به من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق ، فإن وقعت السرقة في منزل مثلاً يعتبر سرقة تامة بمجرد رفع الشيء من مكانه أو الخروج به من الغرفة التي أودع فيها بل يجب أن يخرج السارق من المنزل جميعه ، على أنه قد تتم السرقة في بعض الحالات بغير أن يخرج السارق بالشيء المسروق من المنزل ، كما لو سرق خادم أضيف مثلاً متاعاً لصاحب المنزل ووضعه في غرفته أو حقيبتة ، فإنه يعد مرتكباً للسرقة التامة رغم استمرار بقاءه في المنزل . وأساس الخلاف بين الشريعة والقوانين في هذه الحالة ، هو أن الشريعة تشترط إخراج المسروق من الحرز فوق إخراجه من حيازة الجنى عليه ، والقوانين لا تشترط هذا الشرط على أن هذا الخلاف قاصر على السرقات التي يجب فيها القلع . أما السرقات التي يعاقب عليها بالتعزير فلا يشترط فيها الإخراج من الحرز ، وإنما يشترط فيها أن يكون الأخذ بخروج الشيء من حيازة الجنى عليه ويدخله في حيازة الجاني . وفي هذه السرقات تتفق الشريعة مع القوانين في تجديده السرقة التامة .

ورأى الظاهريين يتفق مع رأي بعض شراح القوانين الوضعية وهم الذين

يرون أن السرقة تتم برفع الشيء من مكانه وبهذا الرأي يأخذ القانون الإيطالي .
ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بما يراه أبو عبيدة الزبيرى . فحكمت باعتبار أنهم
شارعا في السرقة بمجرد دق جرس الشقة للتأكد من خلوها من ساكنيها قبل أن
يستعمل الآلات التي حملها معه . وحكمت بأن مجرد التردد أمام المنزل يعتبر
شروعاً في السرقة ^(١) .

واتجاه الشريعة في العقاب على الجرائم المشروع فيها يتفق مع ما يذهب إليه
أصحاب المذهب الشخصي من شراح القوانين الوضعية . ولكن نظرية الشريعة
تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصي ، لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتى
الجاني إذا تكون مما أتاه معصية . سواء كان مافعله الجاني مؤدياً حتماً إلى الركن
المادى للجريمة المقصودة أو غير مؤدٍ إليه ، كما بسطنا ذلك في الجزء الأول من
كتاب التشريع الجنائى الإسلامى .

٦٣٠ — الشروع في السرقة :

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم عامة وفي السرقة
بوجه خاص . ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم . ولكنهم
اهتموا فقط بالتفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، وعلة ذلك أن قواعد
العقاب على التمايز تمنع من وضع قواعد خاصة للعقاب على الشروع في الجرائم
لأن قواعد التمايز كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة . في الشريعة
أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . أى أن
كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقباً
عليها بحد ولا كفارة . ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم
معينة أتمها الجاني فعلاً ، فإن كل شروع في فعل مخرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير
ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته . أى جريمة تامة ، ولو أنه
جزء من الأعمال المكونة للجريمة لم تتم مادام الجزء الذى تم محرماً لذاته ولا

استحالة في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق للنزل الذي يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلاً محرماً عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية أى جريمة تامة تستوجب العقاب إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءاً من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التي لم تتم ، فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة للجريمة السرقة وخرج بالمسروقات من الحرز فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد . وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويعتنع التعزير على مادون التام لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة ^(١) .

٦٣١ — متى يعتبر الفعل شروعاً في الجريمة : ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادى بل يكفي أن يكون الفعل معصية . وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلاً في السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحها بفتح مصطنع . كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، وبالتالي شروعاً في سرقة ، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات هي دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الحرز .

وكذلك يعزر الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شروعاً في السرقة إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً المعصية أو شارعاً فى السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقة ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب أو مثقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجانى إذا وجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصده غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه .

فقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع . هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية .

وقد جمل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شيئاً كبيراً للنية ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزال الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو مثقب يحتمل أن يكون الجانى قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية ^(١) .

الكتاب الخامس

الحراية

٦٣٢ — الحراية : هي قطع الطريق أو هي السرقة الكبرى ، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفي قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة ، ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن إقامة لحفظ الأمن ولذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق ولزوم التقييد من علامات المجاز^(١) .

٦٣٣ — مقارنة بين السرقة والحراية : وجريمة الحراية وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحراية هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسي هو أخذ المال فعلاً وركن الحراية هو الخروج لأخذ المال سواء أخذاً المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية أما المحارب فيعتبر محارباً في حالات . الأولى : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحداً .

الثانية : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحداً .

الثالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا .

الرابعة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل للمغالبة فأخذ المال وقتل

ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محارباً مادام قد خرج

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ .

بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما إذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلا يخف سبيلاً ولم يأخذ مالاً ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً ، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد حالة من الحالات ليس حراة ولكنه ليس مباحاً بل هو معصية بماق عليها بالتعزير ، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حراة ولو أدى إلى جرح وقتل ، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حراة وإنما هو اختلاس . والحراة تعرف عند أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا الخروج إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان ويعرفها البعض بأنها إخافة السبيل لأخذ المال^(١) .

والأصل في الحراة قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . . . الخ ﴾ وقد اختلف في المحاربين المقصودين بهذه الآية فقال البعض إنها نزلت في قوم مشركين كان بينهم وبين النبي ميثاق فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وقال البعض إنها نزلت في قوم من أهل الكتاب ، وقال البعض إنها نزلت في قوم أسلموا ثم ارتدوا واستاقوا إبلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلوا راعيها والرأى الذى عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمى الذى يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة^(٢) على أن الظاهرية يرون أن الذمى الذى يقطع الطريق ليس محارباً ولكنه ناقض للذمة^(٣) ومن هذا الرأى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد^(٤) - أما بقية المذاهب المقارنة فيسوى بين المسلم والذى وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق وفى مذهب مالك أن الحراة هى إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد فن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المفتى ج ١٠

ص ٣٠٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المفتى ج ١١ ص ٣٠٦

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٩ - نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٦٠ وما بعدها - المحلى

ج ١١ ص ٣٠٠ وما بعدها

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٤) المفتى ج ١٠ ص ٣١٩

خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون للشام أو غيرها فمن قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب ومن حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا نائرة فهو محارب والمسلم به عند مالك أن كل ما يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه النوث فهو حراية .

وتعرف الحراية عند الشافعيين بأنها هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن النوث^(١) على أنهم يشترطون في القتل لغير حراية أن يكون بقصد أخذ المال^(٢) أو إخافة السبيل^(٣) .

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر الخفيف لأهل الطريق المفسد في الأرض فيدخل في المحاربين قاطع الطريق والاص ولكنهم يرون أن اللص إذا دخل مستخفياً ليسرق أو يزني أو يقتل مثلاً ففعل شيئاً من ذلك مستخفياً فإنما هو سارق أو زان أو قاتل عليه ما على الزاني أو السارق أو القاتل فإن اشتهر أمره بفعل ارتكاب جريمته فهو ليس محارباً ولكنه فاعل منسكر وليس عليه إلا التعزير فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلا شك لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد في الأرض^(٤) - ومن أشهر على آخر سلاحاً على سبيل إخافة الطريق ولو لم يقصد أخذ المال فهو محارب وإن كان يقصد العدوان فقط فعليه القصاص إذا جرح شخصاً فإن لم يكن هنالك جرح فعليه التعزير^(٥) ومن يتمتع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب^(٦) فالمحارب عندهم كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لانتهاك فرج^(٧) ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبطع مجاهرة حراية^(٨) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٦) المحلى ج ١١ ص ٣١٣

(٧) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - المراجع السابقة .

(٨) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩

ويعتبر مالك من الخرابة أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها فمن يستقي الجنى عليه أو يطمعه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلا بعيداً عن القوت ثم يسلبه مامعه يعتبر محارباً . ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أي الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ مامعه فهو محارب سواء أخذ مامعه أو لم يجد معه ما يؤخذ . ويسمى مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الخرابة^(١) .

٦٣٤ - ممن تسمى الخرابة ؟ تحدث الخرابة من جماعة أو من فرد فقط قادر على الفعل ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ماهو في حكم السلاح كالعصا والحجر والخشبة ولكن مالسكاً والشافعي والظاهرية والشيعة الزيدية لا يشترطون السلاح ويكفي عندهم أن يعتمد المحارب على قوته بل يكفي مالك بالمخادعة دون استعمال القوة في بعض الأحوال وأن يستعمل أعضائه كاللكر والضرب بجمع الكف^(٢) .

ويعتبر محارباً كل من باشر الفعل فيه أو تسبب فيه فن باشر أخذ المال أو القتل أو الإخافة فهو محارب ومن أعان على ذلك بتحريض أو اتفاق أو إعانة فهو محارب ويعتبر في حكم المباشر من يحضر المباشرة ولو لم يباشر بنفسه كمن يوكل إليه الحفظ أو الحراسة . ويعتبر معيناً الطليعة والردء الذي يلجأ إليه المحاربون إذا انهزموا أو الذين يمدونهم بالعمون إذا احتاجوا إليه فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهرية والشافعي لا يعتبر محارباً إلا من باشر فعل الخرابة بنفسه وأما المتسبب في الفعل والمعين عليه وإن حضر مباشرته ولم يباشره فلا يعتبر محارباً وإنما هو عاص أتى معصية

(١) شرح الزرقاني ج ٨ وحاشية الشيباني ص ١٠٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المغني ج ١٠ ص

٣٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - شرح الأزهري ص ٣٧٦ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

للمدونة ج ١٦ ص ١٠٣ - شرح الزرقاني ج ٢ ص ١٠٩ .

يعزر عليها ويترتب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يفعل الباكون شيئاً فكلهم مسؤول عن أخذ المال والقتل عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهرين أما عند الشافعي فلا يسأل عن القتل إلا القاتل ولا يسأل عن أخذ المال إلا من أخذ المال لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاخص بحده أما الباكون فعليهم التعزير^(١) . ويشترط في المحارب أن يكون مكلفاً ملازماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذمي إذا قطع الطريق ينقض عهده] .

فإذا كان في القطاع صبي أو مجنون فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لاحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو تسبب فيها أو أعان عليها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي باشر الجريمة وحده فإن كان غيرهما هو المباشر فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ويرى مالك والشافعي وأحمد والظاهريون أن الحد يسقط عن الصبي والمجنون في كل حال دون غيرهما سواء ولي أحدهما قطع الطريق أو وليه غيره^(٢) ويستوى أن يكون المحارب رجلاً أو امرأة عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والشيعة وظاهر الرواية عند أبي حنيفة أن لا تحد المرأة إذا اشتركت في الحاربة ولا يحد من معها إذا وليت هي مباشرة الفعل ولكن أبا يوسف يرى حد الرجال ولو باشرت المرأة القطع دونهم - والرواية الأخرى في مذهب أبي حنيفة أن النساء والرجال في قطع الطريق سواء لأن هذا حد يستوى في وجوبه

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٠٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٠ - كشف القناع ج ٤ ص ٩ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٩١ .
 (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ .

المذكر والأنثى كسائر الحدود ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى^(١) .
 وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط في المال المأخوذ محاربة ما يشترط في المال
 المأخوذ بالسرقة . فيجب أن يكون المال محرراً وأن يكون مالا مقبوماً وأن
 يكون مملوكاً للغير وأن لا يكون لأخذه شبهة فيه إلى غير ذلك من الشروط التي
 سبق بيانها عند الكلام على السرقة . وبالإجمال فإنه يشترط في أخذ المال حراية
 ما يشترط في أخذه بالسرقة إلا أن الأخذ حراية يقتضى الأخذ بمجاهرة ومغالبة
 لا خفية ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصيباً
 فإذا لم يصب كل منهم نصيباً فلا حد عليهم باعتبارهم آخذين للمال وهذا هو
 مذهب أبي حنيفة والشافعي على أننا يجب أن نلاحظ أن أبا حنيفة يعتبر المباشر
 والمتسبب والمعين محارباً أما الشافعي فلا يعتبر محارباً إلا المباشر كذلك يجب
 أن لا ننسى الفرق بينهما في تقدير النصاب وقد سبق بيانه في السرقة .

أما الشيعة للزيدية وأحمد فيرون الحد على المحارب ما دامت قيمة المسروق
 كله تبلغ نصيباً واحداً ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق
 نصيباً كاملاً^(٢) .

أما مالك فلا يشترط النصاب في الحراية ويكتفى عنده لوجوب الحد أن
 يأخذ المحارب مالا محترماً سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه وسواء كان الآخذ
 واحداً أو جماعة^(٣) ويرى بعض فقهاء المذهب الشافعي هذا الرأي .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - شرح الزرقاني ص ١٠٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٢
 أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦
 المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - نهاية المحتاج ج ٨
 ص ٣ - المذهب ج ٢ ص ٣٠٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ شرح
 الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧

(٣) المدونة ج ٢٦ ص ١٠٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - نهاية المحتاج ج ٨

وإذا كان المحارب مستأمنًا فحكمه حكم السارق وقد بينا ذلك عند الكلام على السرقة^(١).

٦٣٥ - **مطامير القطع** : يشترط أبو حنيفة لعقوبة الحد أن تكون الحراية في دار الإسلام فإن كانت في دار الحرب فلا يجب الحد لأن المتولى إقامة الحد وهو الإمام ليس له ولاية على دار الحرب وهي محل وقوع الجريمة^(٢) ومن هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٣) لكن مالكا والشافعي وأحمد والظاهرية يوجبون الحد سواء وقعت الحراية في دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة أى وقع على مسلم أو ذمى من مسلمين أو ذميين ، وقد تكلمنا عن هذا بمناسبة الكلام عن السرقة ويشترط الظاهريون أن يكون القطع من مسلمين فقط .

ويرى أبو حنيفة أن يكون القطع في غير مصر أى بعيداً عن العمران فإن كان في مصر فلا حد عنده سواء كان القطع نهراً أو ليلاً وسواء كان بسلاح أو غيره وهو رأى أساسه الاستحسان ويعمل بأن القطع لا يحصل عادة في الأمصار وإنما يحصل في الطريق بين القرى ولذلك يشترط أن يكون القطع على مسافة سفر من المصر ، وإذا كان هذا هو الاستحسان فإن القياس أن الحد يجب سواء كان القطع في مصر أو غير مصر وهو رأى أبى يوسف ، ويميل إليه فقهاء المذاهب وعليه الفتوى ويروى عن أبى يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد في قطع الطريق في المصر ليلاً سواء كان القاطعون مساحون أم يحملون عصياً - ولا يعتبر الفاعلين قاطعى طريق في النهار إلا إذا كانوا مسلحين فإن لم يكونوا مسلحين فليسوا بقطاع إذا ارتكبوا جرائمهم في المصر وحجته أن الغوث قلما يتحقق في الليل فيستوى فيه السلاح وغيره^(٤) . وأبدى أحمد رأيه في الحراية

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ ..

في الصحراء ولكنه توقف إذا كانت في القرى والأمصار ، ولكن أصحابه لا يفرقون بين الحراية في الصحراء والمصر ويررن المحارب محارباً حيثما كان لتناول الآية بمومها كل محارب ولأن الحراية في المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً . ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان الجنى عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا وبين عدم لحوق الغوث ويعتبرون القطع في الحالة الثانية^(١) .

ولا يفرق مالك والشافعي بين الصحراء والمصر فيصح أن يقع الفعل في الصحراء أو في المصر ولكن مالكاً يشترط أن يقع الفعل على وجه يتمذر معه الغوث فلمنع الجنى عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكناً لو استغاث بالفعل حراية ، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حراية ، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً^(٢) .

أما الشافعي فيشترط لاعتبار الفعل حراية أن لا يلحق غوث .

وقد الغوث قد يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف الموجودين في محل الحادث أو على مقربة منه أو لضعف السلطان أو لمنع الجنى عليهم من الاستغاثة ، فذهب الشافعي في هذه الحالة كمذهب مالك^(٣) والشيعة الزيدية لا يرون الحراية إلا في غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون في المصر وغير المصر^(٤) .

أما الظاهريون فيرون أن الحراية تكون في المصر والفلاة سواء وقعت ليلاً أو نهاراً وسواء كانت المحارب مسلحاً أو غير مسلح وسواء كانت في قرية صغيرة أو مدينة عظيمة وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً^(٥) .

٦٣٦ — المفطوع عليه : يشترط في المقطوع عليه أن يكون معصوماً

(١) المفني ج ١٠ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ — كتاب القناع ج ٤ ص ٨٩

(٢) مواهب المبلبل ج ٦ ص ٣١٤ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ — لأسي المطالب ج ٤ ص ١٥٤

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ (٥) المحلى ج ١٩ ص ٣٠٨

ويكون كذلك إذا كان مسلماً أو دميماً . أما إذا كان حريباً أو باغياً فلا غصمة له . وإذا كان حريباً مستأمناً فهو معصوم ولكن هناك خلافاً على توقيع عقوبة الحد في ارتكاب الجريمة عليه وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة في شأنه في السرقة^(١) وللمقطوع عليه أن يقاتل القاطع ويدفعه عن نفسه وماله ويستحب للمجنى عليه أن يناشد المحارب أن يرجع عن جريمته فإن لم يكن في الأمر مهلة ففرض على المجنى عليه أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه ، ما يلب على ظنه أنه يندفع به فإن اندفع بالقول والتهديد لم يكن له أن يضربه وإن كان يندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله فإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدأ بالقتل أو لم يعاجله بالدفع فله أن يضربه بما يقتله والأصل فيما سبق أن المحارب حين يقصد قتل إنسان أو سلب ماله لا يهدر دمه بهذا القصد في ذاته وإنما الذي يهدر دم المحارب هو عدم إمكان دفعه إلا بالقتل لأن القتل يصبح من ضرورات الدفع على أن المحارب يهدر دمه إذا ارتكب من الحرابة ما يوجب حد القتل فإذا عدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يميز لافتياته على السلطات العامة^(٢)

٦٣٧ - الأثر على جريمة الحرابة : تثبت جريمة الحرابة بالبيئة والإقرار

ويكتفي في حالة البيئة شهادة شاهدين وما قيل عن البيئة والإقرار في السرقة يقال هنا . ويجوز أن يكون الشاهدان من الرقعة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحرابة على أن لا يشهدا لأنفسهما بشيء ويجوز أن يشهد لهما غيرهما - وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة فكان شاهد واحد أو شاهد وامرأة أو شاهد رؤية وشاهد سماع وكان الشهود سماعيين أو لم يكن ثمة شهود وكان المتهم مقرأ ثم عدل عن إقراره في هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التمييز يثبت بما يثبت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠

المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ ، وقد سبق الكلام عن قطع السارق والحكم واحد في الحالتين - ويراجع كتاب التشريع الجنائي والحلي لابن حزم ج ١١ ص ٣١٤ - المغني ج ١٠ ص ٣٥٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ وما بعدها .

به الأموال والميرة عند توقيع العقاب بثبوت الاتهام لدى القاضى فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا^(١).

٦٣٨ - عقوبة الحرابة : تختلف عقوبة المحارب عند أبى حنيفة والشافعى

وأحمد والشيعة الزيدية باختلاف الأفعال التى يأتىها فتعتبر حرابة وهى لا تخرج عما يأتى : ١ - إخافة السبيل دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً ٢ - أخذ المال لا غير ٣ - القتل لا غير ٤ - أخذ المال والقتل معاً فلكل فعل من هذه الأفعال عقوبة خاصة عند هؤلاء الفقهاء . أما مالك فيرى أن الإمام بالخيار فى اختيار عقوبة المحارب من بين العقوبات التى وردت فى النص مالم يكن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب والخيار للإمام بين هاتين العقوبتين دون غيرها بينما يرى الظاهريون أن الإمام بالخيار فى كل الأحوال أيا كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل .

والأصل فى هذا الخلاف بين الفقهاء اختلافهم على تفسير حرف « أو »
الوارد فى قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ فن رأى أن حرف « أو » جاء للبيان والتفصيل قال إن العقوبات جاءت مترتبة على قدر الجريمة وجعل لكل جريمة بعينها عقوبة بعينها ومن رأى أن حرف « أو » جاء للتخيير ترك للإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائماً إلا أن مالكاً قيد التخيير فى حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط وحجته أن القتل أصلاً عقوبته القتل فلا يعاقب عليه بالقسط ولا بالنفى كذلك قيد التخيير فى حالة أخذ المال دون قتل وجعل للإمام الخيار إلا فى عقوبة النفى ، أما الظاهريون فيرون الخيار الطلق .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغنى ج ١٠ ص

٣٢٤ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٩ - بدائع الصنائع ص ٩٣

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة كل فعل بحسب الآراء المختلفة :
 ٦٣٩ - إضافة السبيل بغير : إذا أخاف المحارب السبيل لاغير ولم يقتل
 ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبي حنيفة وأحمد النفي لقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من
 الأرض ﴾ وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير أو النفي وقد سوا بين
 التعزير والنفي لا اعتبارهم النفي تعزيراً حيث لم يحدد نوعه ومدته على أنهم يرون
 أن يمتد النفي حتى تظهر توبة المحارب ^(١) .

ويرى مالك أن الإمام غير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو
 ينفيه وأن الأمر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحريم المصلحة العامة . فإن كان
 المحارب ممن له الرأي والتقدير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع
 حرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعة من خلاف وإن كان
 ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفي والتعزير ^(٢) .
 ويرى الظاهريون ما يراه مالك في هذه المسألة ^(٣) .

معنى النفي : اختلف الفقهاء في معنى النفي اختلافاً كبيراً فقال البعض إن
 المراد بقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ أن ينفوا من الأرض بالقتل أو الصلب
 وقال البعض إن النفي هو الطرد من دار الإسلام فالنفي بهذا المعنى هو التغريب
 ويساوى إلى حد ما إسقاط الجنسية في عصرنا الحاضر وإن كان من الممكن إعادة
 المنفي إذا ظهرت توبته ، والنفي في مذهب مالك هو السجن في رأى البعض وهو
 السجن في بلد أخرى غير محل الحادث في رأى ثان وهو فرارهم من الإمام لإقامة
 الحد عليهم فإن قدر عليهم فلا نفي بعد ذلك وبالرأى الأول يأخذ الخفيفون

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ - المنى ج ١٠ ص ٣١٣ - بدائع الصنائع
 ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .
 (٢) نهاية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١
 المعونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ .
 (٣) المحل ج ١١ ص ٣٨٧ ، ٣١٩

فمندهم هو السجن وفي مذهب الشافعي الرأي الراجح أن النفي هو الحبس وأن الحبس جائز في محله وأولى أن يكون في محل آخر أما الرأي المرجوح فالنفي أن يطلبوا إذا هربوا حتى يأخذوا - ويرى أحد أن النفي هو تشريد المحارب في الأمصار فلا يسمح له أن يأوى إلى بلد حتى تظهر توبته والرواية الثانية كالرأي الثاني في مذهب الشافعي - والرأي الراجح في مذهب الشيعة أن النفي يكون بالحبس وقيل بسجل الأعين وبالطرد والتشريد .

مدة النفي : ومدة النفي عند أبي حنيفة والشافعي ومالك غير محدودة فيظل المحارب مسجوناً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحد .

وإن كان البعض يرى أن تكون مدة النفي عاماً قياساً على التغريب في الزنا^(١) . أما الظاهريون فيرون أن النفي هو أن ينفي أبدأً من كل مكان من الأرض وأن لا يترك غير الأخوة أكله ونومه وما لا بد منه من الراحة التي إن لم ينلها مات ومدة مرضه ويظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفي وترك يعود إلى مكانه^(٢) .

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف في تفسير معنى النفي فمن قال بأن النفي هو السجن مطلقاً ففسروا النفي بأنه الإبعاد من الأرض ورأوا أنه لا يقدر على إخراجه من الأرض جملة فوجب أن يفعل من ذلك أقصى ما يقدر عليه وغاية ذلك هو السجن لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » وسقط ما استطاع ومن قال إن السجن يكون في بلد غير بلده نظر إلى المعنى

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية الجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - المغني ج ١٠ ص ٣١٣ ، ٣١٤ - بدائع الصنائع ص ٩٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٢٧٦ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ .

السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد المستطاع عن محل الجريمة أيضاً . أما الذين لم يروا سجنه فقد قالوا إذا سجنه في بلد أو أقررنه فيه غير مسجون فلم نفعه من الأرض كما أمر الله تعالى بل عملنا به ضد النفي والإبعاد وهو الإقرار والإثبات في الأرض في مكان واحد منها وهذا خلاف القرآن فوجب علينا بنص القرآن أن نفيه ونبعده عن جميع الأرض بحسب طاقتنا وغاية ذلك ألا نقره في شيء منها مادامنا قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً ولو قدرنا على أن لاندعه يقر ساعة في شيء من الأرض لفعلنا ذلك وإن كان واجباً علينا فعله مادام مصرّاً على المحاربة^(١) .

وحجة الفقهاء في أن النفي غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفي جاء عقوبة للمحارب وأن المحارب مادام مصرّاً على المحاربة فهو محارب - وإذا هو محارب يجب أن يجزى جزاء المحارب فالنفي باق عليه ما لم يترك المحاربة بالتوبة فإذا تركها سقط عنه جزاؤها^(٢) .

٦٤٠ - أَمَرَ الْمَالُ بِغَيْرِهِ: إذا أخذ المحارب المال ولم يقتل فيرى أبو حنيفة

والشافعي وأحمد ومعهم الزيدية أن يقطع المحارب من خلاف أي أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهم يقطعون اليد اليمنى للدمى الذي قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى ليتحقق الخالفة ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً لأن العقوبة عقوبة واحدة وتبدأ بالأيدى لأن النص بدأ بالأيدى فقدمها على الأرجل ولا خلاف في قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا كانت يده ورجلاه صحيحة فإن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع في حراة أو سرقة أو قصاص أو لمرض فذهب أبي حنيفة وهو رأى في مذهب أحمد أن القطع يسقط عن المحارب سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو العكس لأن قطع ما زاد على ذلك يذهب منفعة الجنس .

وعلى هذا الشيعة الزيدية وكل من لا يرى أن يقطع إلا يد واحدة ورجل

(١) المحلى ج ١١ ص ١٨١ ، ١٨٢ . (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢ ، ١٨٣ .

واحدة في السرقة . أما الشافعي ورأيه وجه في مذهب أحمد فيرى أن يقطع الباقي من الأعضاء المستحقة القطع فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ولو كانت يداه صحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمينه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد في محل الحد ما يستوفي فاكثري باستيفائه . وإن كان نمة شلل في اليدين أو الرجل فالحكم في الشلل مما سبق ذكره عند الكلام على القطع في السرقة .

أما مالك فيرى أن المحارب إذا أخذ المال دون قتل يعاقب على حسب اجتهاد الإمام فيما هو من المصلحة العامة والإمام مخير في عقابه بأية عقوبة ، مما جاءت بها آية المحاربة عدا عقوبة النفي فليس له أن يعاقبه بها لأن الحاربة سرقة مشددة وعقوبة السرقة أصلاً القطع فلا يصح أن يجعل الخيار للإمام فيما ينزل بالعقوبة عن القطع وهو النفي .

أما الظاهريون فيرون أن الإمام له حق الخيار المطلق من كل قيد في جريمة الحاربة فيختار أية عقوبة من عقوباتها لأي فعل أتاه المحارب بحسب ما يرى أنه يتفق مع المصلحة العامة .

ويلاحظ أنه عند اختيار القطع بحسب رأى مالك نفذ القطع على الوجه الذي يراه الشافعي والذي سبق بيانه^(١) .

وينبغي أن لا ننسى ما ذكرناه عن النصاب واشتراطه أو عدم اشتراطه في حالة أخذ المال ، كما ينبغي أن نعلم أن من يشترطون الخاصمة للقطع في السرقة يشترطون لتوقيع عقوبة القطع في الحاربة والخاصمة أيضاً ممن له حق الخاصمة فليراجع ما ذكرناه عن الخاصمة في السرقة^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المغني ج ١٠ ص ٣١١ ، ٣١٢ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - أسنى المطالب ج ٤ المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٢٧ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

٦٤١ - القتل بغيره : إذا قتل المحارب ولم يأخذ مالا فيرى أبو حنيفة والشافعي أن عقوبة المحارب هي القتل حداً دون صلب وهذا الرأي رواية عن أحمد وعنه رواية أخرى هي أنهم يصلبون لأنهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كمن أخذوا المال وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان أحدهما يرى القتل دون صلب والثاني يرى القتل مع الصلب .

ويرى مالك أن الإمام بالخيار إن شاء قتل وصلب وإن شاء قتل دون صلب^(١) ولا خيار له في غير هاتين العقوبتين دون غيرها^(٢) .

ويرى الظاهريون أن الإمام بالخيار في كل العقوبات التي جاءت بها آية المحاربة فيعاقب على القتل بالنفي أو القطع أو القتل أو الصلب ولا يباح له أن يجمع على المحارب عقوبتين من هذه العقوبات بأي حال^(٣) .

٦٤٢ - القتل وأخذ المال : إذا قتل المحارب وأخذ المال كان عقابه القتل والصلب معا عند الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ولا قطع عليه وهذا هو ما يراه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، ويرى أبو حنيفة أن الإمام مخير في حالة القتل المقترن بأخذ المال بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله أو يصلبه وبين أن لا يقطعه ثم يقتله بلا صلب أو يصلبه فيقتله . وينبغي أن لا ننسى ما سبق ذكره عن اشتراط النصاب أو عدم اشتراطه في المحاربة فمن يشترط النصاب لكل محارب لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ مال مالم يخص كل محارب نصاباً كما هو الحال عند الشافعي ومن يكتفي بنصاب واحد لكل المحاربين لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ المال إلا إذا بلغ المال المأخوذ نصاباً كما هو الحال في مذهب أحمد ومن لا يشترط النصاب في المحاربة يكتفي بأخذ مال مقوم أيا كان مقداره كما هو الحال في مذهب مالك ومذهب أحمد والرأي المعتمد في مذهب الشافعي

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ - شرح الزرقاني ص ١١٠ ، ١١١ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ .

ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام غيراً بين الصلب والقتل^(١). ويرى مالك أن الإمام غير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله. أما الظاهريون فيرون أن الإمام غير في كل العقوبات المقررة في آية الحرابة فله أن ينفية وله أن يقطعه وله أن يقتله وله أن يصلبه بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ولكن ليس له أن يجمع عليه القتل والصلب ولا أن يجمع عليه بين عقوبتين بحال كالنفي والقطع أو القتل أو القطع والصلب^(٢).

٦٤٣ — كيفية الصلب : اختلف الفقهاء في كيفية الصلب الواجب على المحارب فرأى الشافعي وأحمد أن الصلب يحىء بعد القتل فيقتل المحارب أولاً ثم يصلب مقتولاً وحجتهم أن النص جاء بتقديم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل ولأن الصلب قبل القتل تعذيب للمقتول ومثله يؤدي إلى اتخاذ المقتول غرضاً وقد نهى الرسول عن ذلك فقال « إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ، وقال : « إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان » وقال « ولن الله من اتخذ شيئاً فيه الروح غرضاً » .

كذلك نهى الرسول عن المثلة ولو بالكلب المقور وأحباب هذا الرأي يرون أن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع المحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهاؤه فيرتدع بذلك غيره^(٣).

والمعتمد في مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب المحارب على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب وحجتهم أن الصلب فرض عقوبة والمقوبة لا تقع

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - بداية المجتهد ج ٢

ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٠٧ بدائع الصنائع ص ٩٣ .

(٣) لمغني ج ١٠ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص

على ميت فوجب أن يتقدم الصلب القتل وأن الصلب لم يقصد به ردع الغير وإنما قصد به العقاب قبل كل شيء وكل عقوبة لها غرضان: الأول: ردع الجاني والثاني: زجر غيره ولأن الصلب شرع زيادة في العقوبة وتغليظاً حتى لا تتساوى عقوبة من قتل مع عقوبة من قتل وأخذ المال^(١) - على أن في المذهب من يرى القتل قبل الصلب^(٢)

وفي مذهب أبي حنيفة رأيان كذهب مالك أوجبهما صلب المحارب حياً ثم طعنه برمح في تندوته حتى يموت^(٣) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية هذان الرأيان وأوجبهما الصلب بعد القتل لأقبله^(٤) . أما الظاهريون فالأصل عندهم أن الإمام مخير في كل عقوبات المحاربة ولو كان ليس له أن يجمع بينها فإذا رأى صلبه فليس له أن يقتله أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قطعه حرم عليه القتل والصلب والنفي فالصلب عندهم عقوبة مستقلة مقصود بها قتل المحارب بكيفية معينة فيصلب المحارب حياً ثم يترك على خشبة فلا يطعم ولا يسقى حتى ييبس ويحف فإذا مات أنزل عن خشبته وغسل وكفن^(٥) .

٦٤٤ - - مرة الصلب : لم يرد نص في تحديد مدة الصلب ولذلك اختلفت في مدته فرأى الفقهاء في مذهب أحمد أنه يصلب بقدر ما يشتهر أمره لأن المقصود من الصلب هو إشهار أمر المصوب ورأى الفقهاء في مذهب الشافعي وأبي حنيفة أنه يصلب ثلاثة أيام^(٦) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ . (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ .

(٤) شرح الأزهاري ج ٧ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ - تسمية الحكم ج ٢ ص ٣٦١ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى الطالب ج ٤ ص

١٥٥ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ .

٦٤٥ - حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه : - وإذا مات

المحارب قبل البدء في إقامة الحد عليه لم يصلب لأن الصلب جزء من الحد وقد سقط الحد بموت المحارب فيسقط الصلب على أن بعض الشافعيين والشيعة الزيدية يرون أنه إذا سقط بعض الحد لعدم إمكان تنفيذه لم يسقط البعض الذي يمكن تنفيذه . أما إذا قتل قصاصا فلا يصلب عليه عند أحمد لأن حد الحرابة سقط بالقصاص فيسقط الصلب وفي مذهب الشافعي رأيان : أحدهما : كراى أحمد والثاني : يرى أن الصلب لا يسقط لأن تنفيذه ممكن وهو رأى في مذهب الشيعة الزيدية وهو الرأى المعمول به في مذهب مالك خصوصا وأنه يرى تقديم حق الله على حق الآدمي . أما مذهب أبي حنيفة فيجيز الصلب ولو أنه يقدم حق الأفراد على حق الله تعالى لأنه لا يمنع من تنفيذ حقوق إلا ما سقط بالضرورة فأما ما لم يسقط فينفذ . وإذا قتل المحارب حسبة أى عدا عليه شخص فقتله لحرابته وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يجعلون الخيرة فيه للإمام ^(١) .

٦٤٦ - هل يقنص ممن قاتل المحارب أو قاطعه ؟ القاعدة أن الحد حق

لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه وحد الحرابة كأى حد آخر لا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه فكل ما وجب على المحارب من قتل أو قطع أو صلب تستوفى منه سواء عفا الأولياء وأرباب الأموال أو لم يعفو وسواء أبرأوا منه أو صالحوا عليه وليس للإمام إذا ثبت الحد عنده أن يتركه أو يسقطه أو يعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى ^(٢) .

وهذا هو الأصل في كل المذاهب الإسلامية ولكن الشيعة يزعمون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصاحبة وله تأخيرها إلى وقت آخر لمصلحة عدا

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ ، ٣٢٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ ، ٦٣ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ٩٥ - المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٤٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ ، ١٠١ .

حدى القذف والسرقة ففيهما اختلاف فالبعض لا يرون للإمام أن يسقطهما أو يؤخرهما والبعض يرى ذلك وحجتهم في هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تمكن من بنى قينقاع وأراد قتلهم وكانوا حلفاء لعبد الله بن أبي كبير المنافقين في حال الجاهلية فطلب من النبي تركهم فذكره ذلك ثم إنه تشفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأكثر في تركهم فتركهم له لما رأى في ذلك من الصلاح وهم مختلفون فيما إذا كان للإمام حق إسقاط القصاص عن بعض الناس أو تأخيرها باعتبار أنه حق آدمي فيرى البعض جواز الإسقاط لمصلحة عامة ويرى البعض أن الإسقاط لا يجوز لأن منع القصاص هو منع لحق آدمي وظلم والخلاف بين الفريقين أساسه الخلاف في أى المصلحتين تغلب عن التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة^(١) .

ويترب عليه أنه يترتب على عدم جواز العقو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهدداً إذا وجب عليه القطع أو القتل وقد فصلنا ذلك في التشريع الجنائي^(٢) .

ولكن لم يبين حكم الإهدار عند الظاهريين والشيعة الزيدية فنقول إن الظاهريين يحملون للإمام الخيار في أى عقوبة من العقوبات الواردة في الآية وهذا يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهذرة لاحتمال أن يستبدل بها الإمام عقوبة أخرى غير مهذرة قبل التقييد .

ورأى الشيعة يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهذرة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة .

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المال أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادى عند مالك وأبي حنيفة والشافعى وأحمد سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده مادامت جريمة الحاربة ثابتة وإنما يعزر العادى لأفقيته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات والعلة في عدم القصاص هي أن قطع

(١) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥

(٢) جزء أول فراجع ذلك هناك .

المحارب أو قتله متحتم وواجب لأبد من إقامته فالتميز ليس للقطع أو للقتل وإنما للاقتيات على السلطات العامة والقيام بما اختصت نفسها به^(١).

أما عند الظاهريين والشيعة الزيدية فيقتص من القاطع أو القاتل لأن العقوبات غير لازمة (تراجع أقوال الظاهريين والشيعة في القتل والجرح)

٦٤٧ - هل يشترط في القتل الذي بحرث من المحارب أنه يكون عمداً ؟

يوجب مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لجرد القتل ويطلقون لفظ القتل فلا يشترطون أن يكون عمداً وعلى هذا يكون القتل الذي يجب فيه الحد عندهم هو مطلق القتل سواء كان عمداً أو شبهه عمد أو خطأ . مع ملاحظة أن مالكا لا يمتزف بشبه العمد ويسوى الحنفيون بين أنواع القتل وأداة القتل فلا يشترطون المحدد ويجوز أن يكون القتل بمنقل وعصا وحجر وخشب^(٢) أما الشافعي فيشترط القتل العمد لوجوب الحد فبالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جنابة القتل الحاربة أى إخافة السبيل وهى تقتضى زيادة العقوبة والزيادة هنا القتل والقتل محتم إذا قتل لأخذ المال ولو لم يأخذ نصاباً أما إذا أخذ نصاباً فالقتل والصلب^(٣).

وبعض الشافعية يشترط في القتل أن يكون مما يوجب القود فلا يكفي أن يكون القتل عمداً وإنما يجب أن يكون قتلاً يجب فيه القصاص فإن لم يكن قتلاً عمداً فلا يجب الحد وإن كان قتلاً عمداً لا يجب فيه القصاص فكذلك^(٤).

ومذهب أحمد على أن يتعمد الجاني الفعل بغض النظر عن الأداة التى استعملت في القتل فيستوى عنده أن يكون القتل عمداً أو شبهه عمد^(٥).

(١) المدونة ١٦ ص ١٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ - ويراجع ما كتب عن السرقة

(٢) بدائع الصنائع ص ٩٦ ، ٩٧ - حاشية ابن عابدين ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤ ، ٥ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ .

(٤٢) - الفسريح الجنائي الإسلامي (٢)

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين (١)

٦٤٨ - حكم الجراح التي يحدونها المحارب: يرى الظاهريون أن إحداث الجراح بقصد إخافة السبيل حراية وعلى هذا فإذا حدثت جراح ولم يكن أخذ مال ولا قتل فالقصد حد والإمام مخير في العقوبة والقاعدة عندم أنه إذا اجتمع ختان أحدهما لله والثاني للعبد كان حق الله تعالى أولى بالقضاء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقصوا الله فهو أحق بالوفاء دين الله أحق أن يقضى » وقوله « كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وعلى هذا فإن قتله الإمام أو صلبه للمحاربة كان لاولى أن يأخذ أرش جرحه لأن حقه في القود قد سقط فبقى حقه في الدية أو العفو عنها وأن رأى الإمام قطع المحارب كان للمجنى عليه أن يقتص أو يعفو . والخلاصة أنه كلما أمكن للمجنى عليه أن يستوفي حقه بعد استيفاء حق الله استوفاه وكلما سقطت له الدية (٢) ويرى مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية أنه كلما وجب على المحارب حد دخلت الجراحة في الحد فإذا لم يكن حد أو كان حد وسقط فحكم الجراحة هو حكمها في حال عدم وجود الحد (٣) .

ويرى الشافعي وأحمد أن الجراح لا تدخل في الحد فيقتص في الجراح إذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم يكن قصاص ففيها الدية ويرى الشافعي أن القصاص غير محتم أى ليس حداً وإنما هو على أصله لأن الانحتمام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انتهم القتل (٤) .

أما أحمد ففي مذهبه رأيان رأى يرى عدم انحتمام القصاص كمذهب الشافعي لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في الجراح والرأى الثانى على انحتمام القصاص وحجة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه ويسلم أصحاب هذا الرأى بأن الجراح التي لا قصاص فيها كالجائفة لا يجب فيها إلا الدية (٥) .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣١١ ، ٣١٢ . (٢) المحلى ١١ ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - شرح الزرقاني ج

٨ ص ١١١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ .

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ (٥) المغنى عاشر ص ٣١٠

٦٤٩ — الحمد والضمارة : علمنا مما سبق في السرقة أن الشافعي وأحمد

يربان الجمع بين الحد والضمان وهذا هو رأيهما في جريمة الحراقة فالحد لا يمنع من الضمان أما عند مالك وأبي حنيفة والشيعة الزيدية فالقاعدة عندهم أن الحد لا يجمع مع الضمان وقد تكلمنا عن هذا في السرقة فيراجع

ويعلل أبو حنيفة أن الحد في الحراقة ينفي وجوب ضمان الجراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ولأن الجراحات يسلك بها في مذهبه مسلك الأموال فالضمان في الجراحات بنوعها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد ومذهب مالك والشيعة الزيدية لا يجمع بين الحد وضمان الجراحات لأنهم يدخلون الجراح في الحد ويعتبرون الحد عقوبة عنها^(١) .

٦٥٠ — التماثل يجري التداخل في جريمة الحراقة فلو ارتكب أكثر من حراقة عوقب عنها جميعاً مرة واحدة إذا كان الفعل الذي أتاه واحداً فإن كان الفعل مختلفاً كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة . هذا مع ملاحظة رأى أبي حنيفة في حالة أخذ المال والقتل فإنه إن أخذ مرة المال وقتل في الثانية دون أخذ المال جاز قطعه ثم قتله وهذا على رأى القائلين بأن لفظ « أو » ورد للبيان والتفصيل أما على رأى القائلين بأن « أو » للتخيير فعند مالك تتداخل على الوجه السابق أيضاً لأنه يخص لأخذ المال والقتل عقوبات خاصة فتتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفي فيها عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هي لواجبة وفيها الكفاية .

أما عند الظاهريين فلا إمام الخيار ولذلك فالتداخل مطلق وتكفي أية عقوبة بغض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها .

٦٥١ — سقطات الحمد : ١ - يسقط حد الحراقة بما يسقط به حد السرقة

وقد ذكرنا أسباب سقوط حد السرقة وبيننا ما فيها من اتفاق واختلاف [فتراجع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ - تبصرة الحكم ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ج ٢ طبعة بولاق

مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب خاص بأخذ المال ولا أثر له في حالة القتل أو إخافة السبيل [.

١ — التوبة : ومن المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد مجزأته والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فإذا تاب المحارب سقط عنه ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفي ولكن التوبة لا تسقط ما يتعلق بحقوق العباد فيبقى مسؤولاً فإن كان أخذ المال فقط فعليه رده وإن كان قتل أحداً أو جرحه فعليه القصاص إن كان ذلك مما يجب فيه القصاص وإلا فعليه الدية ، وليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية وإنما يدل عليها رد المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده ويكفي في التوبة الندم والعزم على ترك مثل ما حدث .

ويشترط في التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء إلا من الحقوق المتعلقة بالله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد لقوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ فأوجب الحد على كل محارب ثم استثنى من ذلك التائبين قبل القدرة ممن عداهم يبقى على حكم العموم وعلّة قبول التوبة قبل القدرة أن التوبة قبل القدرة تكون غالباً توبة إخلاص أما بعد القدرة فهي غالباً توبة تقيه من إقامة الحد عليه ولأن في قبول التوبة قبل القدرة ترغيباً للمحارب في التوبة والرجوع عن المحاربة والإفساد فناسب ذلك إسقاط الحد عنه ، أما بعد القدرة فلا حاجة لترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة^(١) .

والمراد بما قبل القدرة أن لا تمتد إلى المحارب يد الإمام فإن تاب بعد أن امتدت إليه يد الإمام لم تعتبر التوبة قبل القدرة ولو كان هارباً أو مستخفياً أو ممتنعاً^(٢) .

(١) المقى ١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ — شرح الازهار ص ٣٧٨ .

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٤ ص ١٥٥

ويعتبر المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائماً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه وإن لم يدل على توبته مظهر آخر ويعتبر كذلك إذا ترك ما هو عليه من الخرابه وإن لم يأت الإمام ^(١) وإذا أمن المحارب ليسلم نفسه فلا أمان له ولا يعتبر بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه لأنه كان مطلوباً ^(٢).

وإذا فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه فإنها لا تسقط عنه التوبة عند مالك والظاهرين ويسقط منها السرقة دون غيرها عند أبي حنيفة لما سنبينه بعد . أما عند الشافعي وأحمد ففي مذهبهما رأيان : أولها أنها جميعاً تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة إلا حد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمي ولأن في إسقاطها ترغيباً في التوبة وهذا الرأي هو الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي والثاني أنها لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكانت في حق المحارب كحق غيره وهذا هو الراجح في مذهب الشافعي أما إن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره .

ويرى فقهاء الشيعة الزبدي أن توبة المحارب تسقط كل ما عليه من حدود غير حد المحاربة ولكنهم يختلفون في سقوط حقوق الأدميين فيرى بعضهم أن التوبة تسقط أيضاً حقوق الأدميين التي أتلّفها المحارب أو التائب حالاً حكماً ويرى البعض أن أثر التوبة لا تمتد لحقوق الأفراد وأنها لا تسقط إلا حق الله المحض فلا تمتد لمثل القصاص والقذف والمال .

التوبة ممن عليه من غير المحارب : هناك اختلاف في أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين فيرى مالك والظاهريون ورأيهما هو الرأي الراجح في مذهب الشافعي والرأي المرجوح في مذهب أحمد أن التوبة لا أثر لها على الحد لقول الله

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

تعالى ﴿ والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ وهذا عام في الثائبين وغيرهم وقال تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأن النبي رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي جاءه مقرأ بالمرقة وقد جاءوا جميعاً ثائبين يطالبون تطهرهم بإقامة الحد وقد سمي الرسول صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال في حق الغامدية « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم » وجاء عمرو ابن سمرة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إني سرقت جملابني فلان فطهرني فأقام الرسول عليه الحد . ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة ولأن الثائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالحارب المدور عليه .

ويرى أبو حنيفة أن السرقة الصفري وحدها هي التي يسقط حدها بالتوبة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه فيسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط في السرقة الصفري والكبرى لأن محل الجنابة خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها رد المال إلى صاحبه فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق .

أما الرأي الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي وهو مذهب الشيعة الزيدية فيرى أن كل حد يسقط بالتوبة لقول الله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ .

ولأنه ذكر حد السارق ثم قال ﴿ فن تاب من بعد ظلمه وأصاح فإن الله يتوب عليه ﴾ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الثائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ولأنه قال في ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب - فيتوب الله عليه » . ولأن الحدود خالص حق الله فنسقط بالتوبة لحد الحارب .

والقائلون بأن التوبة تسقط الحدود مختلفون فيما إذا كان الحد يسقط بمجرد التوبة أو يسقط بها مع إصلاح العمل ففريق يسقط الحد بمجرد التوبة وهو ظاهر مذهب أحمد وفريق يعتبر إصلاح العمل لقوله تعالى ﴿ فإن تابا وأصلحا

فأعرضوا عنهما ﴿ وقوله ﴾ (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه) فعلى هذا يعتبر مضى مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية ؛ والبعض لا يقدر مدة معلومة ، والبعض يقدر المدة بسنة^(١) وهناك نظرية ثالثة لابن تيمية وابن القيم ذكرناها^(٢) .

٦٥٢ - هو الله وهو الفرد في عقوبة القتل : الأصل في جريمة القتل العادى أنها تمس الأفراد أكثر مما تمس الجماعة ولذلك يعبر عنها الفقهاء بأنها متعلقة بحقوق الأفراد ولكن الشارع جعل القتل في الحاربة مما يمس حقوق الجماعة حيث جعل العقوبة لازمة ولم يحمل لعفو الجنى عليه أثراً عليها . وقد نظر الفقهاء إلى أن القتل في الحاربة يجتمع فيه حق الله وحق العبد فكان هذا مما دعا البعض إلى القول بتغليب حق الله ودعا البعض إلى القول بتغليب حق الفرد . والقائلون بتغليب حق الفرد هم بعض الشافعية ورأيهم الراجح في المذهب وبعض الحنابلة ورأيهم المرجوح في المذهب . أما بقية المذاهب فتغلب حق الله على حق الأفراد ولكن المذهب الظاهري له حكم خاص سنذكره فيما بعد^(٣) .

ويترتب على تغايب حق الله أنه لا يعتبر التكافؤ في القتل عند القائلين بالتكافؤ فيؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والأب بالابن لأن القتل حد لله فلا تعتبر فيه المكافأة كما هو الحال في الزنا والسرقة ولا تراعى المائثلة في القتل فيقتل بالسيف أيا كانت الآلة التي استعملها .

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ في القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حراً بمعد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذى والمحارب مسلم وإن قتل بمنقل أو غيره روعيت المائثلة في قتله بأن يقتل بمنقل ما يقتل به وإذا قتل ومات

(١) المفنى ج ١٠ ص ٣١٤ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٨ - المحلى ج ١١ ص ١٢٦ ، ١٣١ .

(٢) التفسير الجنائى ج ١ ص ٣٥٥ .

(٣) يراجع القتل في مذهب الظاهريين .

قبل قتله قصاصاً فالدية تجب في ماله ، وإذا عفا الولي عن مال لزم القاتل المال وقتل حداً .

ويحتج القائلون بتغليب حق الله أن القاعدة تغليب حق الله إذا اجتمع مع حق العبد في حد لأن العقوبات في الحدود خالصة أصلاً لله وأن الحد لا يجوز فيه العفو . وإذا كان ولي الذم ليس له العفو فمعنى ذلك أن حق الله غالب ، ويحتج القائلون بتغليب حق العبد بأنه الأصل فيما اجتمع فيه حق الله وآدمي ولأن الآدمي لو قتل في غير محاربة فله حق القصاص فكيف يسقط حقه بقتله في المحاربة ويقولون إن أثر الحد هو من ناحية انقضاء القتل وعدم جواز العفو عنه ولكن ذلك لا يسقط بحال حق العبد في النواحي الأخرى خصوصاً وأن الرسول يقول « لا يقتل مسلم بكافر » (١) .

٦٥٣ - عدم وجوب المحرم المانع : لا يجب حد الحاربة إلا إذا استوفيت كل شروط الحد فإذا امتنع أحد هذه الشروط امتنع وجوب الحد كشرط النصاب عند من يشترطون النصاب فإذا لم يتوفر هذا النصاب عندهم ولم يكن هناك قتل فلا يجب حد القطع وكشرط البلوغ فإذا حدثت الحاربة من صبي لم يجب عليه الحد أو أخذ المال وحده أو قتل أو فعل غير ذلك وكشرط الفعل في المحارب فإذا كان المحارب مجنوناً لم يجب عليه الحد وكشرط العمد في حالة القتل عند من يشترطون أن يعتمد المحارب القتل فإن الحد لا يجب عندهم إذا قتل ولم يأخذ مالا ، فإذا أخذ مالا وقتل غير متعمد القتل وجب عليه حد القطع إذا بلغ المال نصاباً وهكذا كلما امتنع شرط من شروط الحد لم يجب الحد ، وقد تعرضنا لهذه الشروط المختلف عليها والمتفق عليها فيما سبق . على أن عدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمنائه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبي والمجنون لا يمنع من تأديب الصبي والمجنون بما يتفق مع حالتهما كضرب الصبي وحجز المجنون في مكانه لمنع أذاه عن الناس

ومن قتل غير متعمد وهو يريد أخذ المال ولكنه لم يأخذ مالا يعزر ويلزم الدية وهكذا - والقاعدة في الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذا أثم الإنسان عزز ولو أراد الفاعل فعلا ما ، لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر في ذاته معصية لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أئمه أم لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توفرت شروطها فإذا لم تتوفر شروطها فالعقوبة التعزير كلما كون الفعل معصية .

٦٥٤ - حكم سقوط الحد بحر وجوبه : إذا سقط الحد بعد وجوبه كان الحكم بالنسبة للمال والقتل والجراح على الوجه الآتي :

إذا كان سبب سقوط الحد هو تكذيب الحجة عند القائلين بالسقوط بتكذيب المجنى عليه اَشْهُودُ الإثبات أو تكذيبه للإقرار الصادر من الجاني فلا شيء على الجاني جنائياً أو مدنياً لأن الفعل لا يثبت في حق الجاني إلا بالحجة وقد بطلت أصلاً^(١) .

أما إذا كان سبب سقوط الحد الرجوع عن الإقرار فمند من يقولون بسقوط الحد برجوع الجاني عن الإقرار لا يسقط إلا الحد ولكن الجاني يظل مسئولاً جنائياً عما يتعلق بحق الأفراد كالقصاص ، كما تبقى مسؤوليته المدنية كاملة لأن إقرار المقر حجة كاملة في حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لمعقوبته لأن الحدود تدرك بالشبهات^(٢) .

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة فإن كان المحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكا وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص من يجب عليه القصاص ومن لاقتصاص عليه أُلزم الدية وإن اجتمع القتل والمال اجتمع الحكمان السابقان لأن المكافأة لا تهمل إلا في حالة إقامة الحد أما من يلزمه القصاص من المحاربين فهو من عليه القصاص في القتل العادي وقد علمنا مدى اختلاف الفقهاء في اعتبار المباشر والمتسبب والمعين والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطع رجع

(١) يراجع ما قبل عن سقوط الحد في السرقة .

بهم فيما عليهم من جرائم إلى حكم غير القطاع وإلى حكم جرائمهم الخاص . وتراعى في حالة القصاص والمكافأة عند جمع القاتلين بها في حالة التوبة والرجوع عن الإقرار . وإذا كانوا أخذوا المال وجرحوا لحكم المال ما سبق وحكم الجراحات القصاص فيما يستطاع فيه القصاص والدية فيما فيه الدية كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق^(١) وبلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلغه المحارب حالا حكما كمال استهساكه أو هلك في يده لا كمال تصرفه فيه بمقابل .

٦٥٥ - هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية ؟ القاعدة العامة في الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشرة فقط . فيرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يحد الردء والمعين والطليلة كما يحد مباشر الحاربة . والردء هو الذى ياجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم . والطليلة هى التى تتطاع الطريق وتأتى بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه . وحتجهم أن الحاربة مبنية على حصول النفع والمعاوضة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاوتهم بخلاف سائر الحدود فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تميزاً وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ في حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع ، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً فالمحاربون جميعاً المباثرون وللتسبيون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذى باشره غيره ويذهب المالكيون في اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً في الجريمة من يتقوى المحاربون بجاهه^(١) ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بفعل ما دام جاهه قد أعان على الحادث حكماً .

وإذا كان في المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه فيرى أبو حنيفة

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣١٨ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - شرح الزرقاني

ومحمد أن لا أحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو أعان عليها أو تسبب فيها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي باشر الجريمة وحده فإن كان المباشر غيرهما فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ^(١) وحجة أبي حنيفة أن مسؤولية الجمع واحدة فالشبهة في فعل أحدهم شبهة في حق الجميع وحجة أبي يوسف أنه إذا كان المباشر هو الصبي أو المجنون فهو الأصل والباقيون تبع فإذا سقط الحد عن الأصل سقط عن التابع ويرى أحمد رأى أبي يوسف فعنده أنه لا حد على الصبي والمجنون وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذتا من المال في أموالهما ودية قتلتهما على عاقلتهما ولا شيء على الردء لهما لأنه إذا لم يثبت الحد على المباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى أما إذا كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم في حق الردء يثبت بالمحاربة ^(٢).

ولا يحد مالك الصبي والمجنون ولكنه يرى الحد على غيرهما في كل حال سواء باشر الصبي والمجنون أم لم يباشرا . . .

وإذا كان في المحاربين امرأة فيرى أبو حنيفة أن لا حد عليهما ولو باشرت الفعل ولا حد على من معها سواء اشتركوا معها أم لم يشتركوا ولكن أبا يوسف يرى أن المرأة إذا باشرت الفعل وحدها حد من معها من الرجال والرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة أن الرجال والنساء سواء في الحد ^(٣).

ويرى مالك وأحمد أن المرأة يلزمها حكم المحاربة كالرجل فإذا باشرت الفعل ثبت حكم المحاربة في حق من معها لأنهم ردء لها وأعوان وإن فعل ذلك غيرها ثبت ذلك في حقها لأنهم ردء وعون له ^(٤).

أما الشافعي فلا يرى المسؤولية التضامنية في الحاربة وإن كان يعتبر الردء

(١) بدائع الصنائع ص ٩١ . (٢) المغني ج ١٠ ص ٣١٨ ، ٣١٩ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٩١ . (٤) المغني ج ١٠ ص ٣١٩ .

والطليعة والمعين والتسبب مسؤولين جنائياً ولكنه يجعل مسؤوليتهم تعزيرية باعتبارهم مرتكبين لمعصية أما الذي يعاقب بالحد فهو المباشر دون غيره فمن أخذ نصاباً من المال قطع دون غيره ومن قتل كان مسؤولاً عن القتل دون غيره ولو كان الغير قد أخذ نصاباً من المال ^(١) .

٦٥٦ - هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية ؟

يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسؤولية تضامنية عن الأموال التي يأخذونها فمن يظفر به منهم يغرم ما لزمهم جميعاً من أموال الناس سواء أخذ هذا المحارب شيئاً مما انتهب أم لم يأخذ وسواء جاء تائباً أو قدر عليه غير تائب وإنما يغرم عن عداه حيث لزم من عداه الغرم لأنه غرم بطريق الضمان إذ كل واحد منهم تقوى بأصحابه وتلك هي القاعدة في المحاربين والبغاة والغصاب وفي مذهب مالك ^(٢) وهذا هو الحكم في السرقة العادية إذا كان السارق قد تعاون مع غيره في إخراج السرقة ، فكل من لزمه القطع في السرقة كان مسؤولاً بالتضامن عما أخذه غيره ممن وجب عليهم القطع ^(٣) على أن في مذهب مالك من يرى أن لا يضمن كل من المحاربين إلا ما أخذه ، وهو رأي غير معمول به ^(٤) هذه هي القاعدة في مذهب مالك ويقيدها قاعدة أخرى هي عدم اجتماع الحد والضمان وقد سبق أن ذكرناها في السرقة فتراجع .

ويذهب أحمد إلى أن الضمان ليس بحد إلا على المباشر دون الرء والمعين لأن وجوب الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، وإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان فالخصم بذلك المباشر دون الرء ولو وجب الضمان في السرقة لتعلق بالمباشر دون غيره ^(٥) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المذهب ج ٢

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١١ . (٣) حاشية الفياني ج ٨ ص ١١١ .

(٤) تبصرة الحكم ج ٢ ص ٣٦١ . (٥) الفتى ج ١٠ ص ٣١٠ .

أما الشافعي فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كبدأ في عدم التضامن في المسؤولية الجنائية .

٦٥٧ - مسؤولية المحارب إذا كان صبياً أو فاقراً العقل - المحارب

الصبي ليس عليه حد وإنما يمزر بما يفاسبه وكذلك المجنون لا يحد وإنما يعزر بما يمنع شره عن الناس كوضعه في مصحة أو ما أشبهه ، والصبي والمجنون كلاهما مسؤول في ماله الخاص . إذا أخذ المال ، فإذا قتل فالدية على عاقله عند مالك وأبى حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد المجنون والصبي خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد القتل قصداً صحيحاً وإذا لم يكن قتله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما هو خطأ أما الشافعي فيرى أن عمد الصبي والمجنون عمد لا خطأ وأن الصغير يعفى من الحد والقصاص ولكنه لا يؤثر على تكيف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً^(١) .

أما السكران بمحرم فهو مسؤول في المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة^(٢) .

ويرى الظاهريون أن الصبي والمجنون والسكران سكرأً أخرجهم من عقله لا يؤخذون بحد ولا قود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق» والسكران لا يعقل ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان لاعليه ولا عاقلته لقوله صلى الله عليه وسلم «إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبي والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحریم دمائهم ولا نص في وجوب غرامة عليهم أصلاً ، وإيجاب الغرامة شرع فإذا كان بغير نص من قرآن أو سنة فهو شرع في الدين لم يأذن به الله ولكن إذا كان له بيان والمجانين والسكران لا يؤخذون بحد ولا قود فعملهم التعزير فإذا أتى أحدهم

(١) التصریح الجنائي ج ١ ص ٩٥٤ - مذهب الشيعة الزيدية .

(٢) التصریح الجنائي ص ٥٨٢ وما بعدها - كشف القناع ج ٣ ص ١٤٠ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٥٤ وج ٣ ص ٢٨٣ .

جريمة وجب تعليمه ليكف أذاء حتى يثوب السكران ويفيق المجنون ويبلغ الصبي لقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى ، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان ^(١) .

٦٥٨ — حكم طال الأغرور مرابطة — حكم المال في الخرابه هو وجوب الرد إن كان قائماً بعينه سواء سقط الحد أو لم يسقط ولصاحبه أن يأخذه أينما وجدته ، سواء وجدته في يد المحارب أو يد من تصرف إليه فيه وذلك على التفصيل المبين في باب السرقة وعلى ما ذكرناه من خلاف بين آراء الفقهاء .

الكتاب السادس

البغى

٦٥٩ — النص من الواردة في البغى : — الأصل في البغى قول الله جل شأنه ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بفت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴾ ^(١) ، ﴿إنما المؤمنون إخوة ، فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون ﴾ ^(٢) وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ... الخ ﴾ .

وهناك نصوص من السنة وردت في البغى فيروى عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «من أعطى إماماً صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعمه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنقه الآخر» رواه مسلم ، وروى عرفة — أنه قال « . ستكون هنات وهنات - ورفع صوته - ألا من خرج على أمتي وم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كأننا من كان ... » ^(٣) .

وفي رواية أخرى « من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه » .

(١) ويستخلص من نص الآية خمس فوائد : الأولى أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإجماع فإنه سماع مؤمنين - الثانية أنه أوجب قتالهم - الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله الرابعة - أنه أسقط عنهم التبعة فيما ألقوه في قتالهم - الخامسة. أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه - المفتى ج ١٠ ص ٤ .

(٢) المجزات ٩ ، ١٠ .

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٤٨ .

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر ، فإنه من فارق الجماعة شراً فمات فميتته جاهلية » وفي لفظ « من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شراً فمات عليه ، إلا مات ميتة جاهلية » وعن أبي هريرة أن الرسول قال « كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء ، كلما هلك نبي خلفه نبي وأنه لا نبي بعدى وسيكون خلفاء فيكثرون » قالوا فما تأمرنا ؟ قال : « فوايبيعة الأول فالأول ثم أعطوهم حقهم فإن الله سائلهم عما استرعاهم » .

وعن عوف بن مالك الأشجعي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم ، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم » قال قلنا يا رسول الله ألا ننازلكهم ؟ عند ذلك قال « لا - ما أقاموا فيكم الصلاة إلا من ولى عليه وال فرآه يأتي شيئاً من معصية الله فليكره ما يأتى من معصية الله ، ولا ينزعن يداً من طاعة » .

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله قال « يكون بعدى أئمة لا يهتدون بهديي ولا يستنون بسنتي ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جحيمان إنس قال قلت كيف أصنع يا رسول الله إن أدركت ذلك قال : تسمع وتطيع وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع » .

وعن عبادة بن الصامت قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان .

وعن أبي ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يا أباذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الفء ؟ قال : والذي بعثك بالحق أضع سيفي على عاتق وأضرب حتى ألحقك - قال : أولاً أدلك على ما هو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقني ^(١)

وعن ابن عمر أن رسول الله قال لعبد الله بن مسعود « هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم - قال : لا يجزى على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيها »^(١)

٦٦٠ - تعريف البغى : يعرف البغى لغة بأنه طلب الشيء فيقال بغيت كذا إذا طلبته ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن موسى ﴿ قال ذلك ما كنا نبغ ﴾^(٢) ثم اشتهر البغى في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم - وإن كانت اللفظة لا تمنع من أن يكون البغى بحق ومن ذلك قوله تعالى ﴿ قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق ﴾^(٣).

ويختلف الفقهاء في تعريف البغى اصطلاحاً باختلاف مذاهبهم فيه فالمالكيون يعرفون البغى بأنه الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالته ولو تأويلاً - ويعرفون البغاة بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو خلفه^(٤).

ويعرف الحنفيون البغاة ويستخرجون منها تعريف البغى بأنه الخروج عن طاعة إمام الحق بغير حق ، والباغى بأنه الخارج عن طاعة إمام الحق بغير حق^(٥) ويعرف الشافعيون البغاة بأنهم المسلمون مخالفو الإمام بخروج عليه وترك الانقياد له أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم^(٦). أو هم الخارجون عن الطاعة بتأويل فاسد لا يقطع بفساده إن كان لهم شوكة

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٠٧ - طبعة الحلبي سنة ١٣٤٩ هـ .

(٢) الكهف آية ٦٤ .

(٣) الاعراف آية ٣٣ .

(٤) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ .

(٦) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨٢ .

بكثرة أو قوة وفيهم مطاع^(١) فالبغى إذن عند الشافعيين هو خروج جماعة ذات شوكة ورئيس مطاع عن طاعة الإمام بتأويل فاسد .
ويعرف الحنابلة البغاة بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائع ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع^(٢) ، فالبغى عند الحنابلة لا يختلف في تعريفه كثيراً عند الشافعية .

ويرى الظاهريون أن البغى هو الخروج على إمام حق بتأويل مخطيء في الدين أو الخروج لطلب الدنيا^(٣) .
ويعرف الشيعة الزيدية الباغي بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو غرم وله فئة أو منعة أو قام بما أمره للإمام^(٤) ، فالبغى هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها منعة .

عند اختلف التعاريف : والعلة في اختلاف تعريف البغى في المذاهب الفقهية المختلفة هي الاختلاف على الشروط التي يجب توفرها في البغاة وليست الاختلاف على الأركان الأساسية للبغى ومحاولة الفقهاء في أكثر من مذهب أن يجمعوا في التعريف بين أركان البغى وشروطه ورغبتهم أن يكون التعريف جامعاً مانعاً .

تعريف مشترك : - ونستطيع أن نعرف البغى تعريفاً مشتركاً تتفق فيه كل المذاهب إذا اكتفينا بإبراز الأركان الأساسية في التعريف فنقول : إن البغى هو الخروج على الإمام مغالبة .

٦٦١ - أركان البغى : - وأركان البغى الأساسية كما هو ظاهر من التعريف المشترك ثلاثة : ١ - الخروج على الإمام ٢ - أن يكون الخروج مغالبة ٣ - القصد الجنائي .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٢) شرح المنهى مع كشف القناع ج ٤ ص ١١٤

(٤) الروض النصير ج ٤ ص ٣١

(٣) المحل ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

الركن الأول

الخروج على الإمام

٦٦٢ - يشترط لوجود جريمة البغي الخروج على الإمام ، والخروج المقصود هو مخالفة الإمام والعمل بخلعه ، أو الامتناع عما وجب على الخارجين من حقوق . ويستوى أن تكون هذه الحقوق لله أى مقررّة لمصلحة الجماعة ، أو للأشخاص أى مقررّة لمصلحة الأفراد . فيدخل تحتها كل حق تفرضه الشريعة للحاكم على المحكوم ، وكل حق للجماعة على الأفراد ، وكل حق للفرد على الفرد ، فمن امتنع عن أداء الزكاة فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن تنفيذ حكم متعلق بحق الله كحد الزنا ، أو متعلق بحق الأفراد كالقصاص فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن طاعة الإمام فقد امتنع عن الحق الذي وجب عليه وهكذا .

ولكن من المتفق عليه أن الامتناع عن الطاعة في معصية ليس بغياً وإنما هو واجب على كل مسلم لأن الطاعة لم تفرض إلا في معروف ولا تجوز في معصية فإذا أمر الإمام بما يخالف الشريعة فليس لأحد أن يطيعه فيما أمر إذ الطاعة لا تجب إلا فيما تجيزه الشريعة ^(١) .

والخروج قد يكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقد يكون على من يتوب عنه فمن امتنع عن طاعة الإمام في معصية فليس باغياً لأن حق الأمر واجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق فليس لأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة وليس للأمر أن يطيعه فيما يخالف الشريعة . وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق » وقوله « من أمركم من

الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه » وقوله « لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف » وقد احتاط الفقهاء لهذا في تعريف البغاة .

والإمام وهو رئيس الدولة الإسلامية الأعلى أو من ينوب عنه من سلطان أو وزير أو حاكم أو غير ذلك من المصطلحات ويعبر بعض الفقهاء عن رئيس الدولة الإسلامية الأعلى بالإمام الذي ليس فوقه إمام ، وعن دونه بالإمام مطلقاً إذا كان مستقلاً بجزء من الدولة الإسلامية وبناوب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم .

والإمامة فرض من فروض الكفاية في الشريعة الإسلامية كالقضاء ، إذ لا بد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف المظلومين ويستوفي الحقوق ويضعها موضعها . ولا خلاف على هذا بين الفقهاء . ويشترط في الإمام شروط لا محل لذكرها هنا أهمها أن يكون مسلماً ذكراً مكلفاً عدلاً^(١) ولا يعتبر الخروج على الإمام قبل أن تثبت إمامته وتثبت الإمامة بأربعة طرق :

- ١ - باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وأرباب الحل والعقد كما حدث في بيعة أبي بكر على أثر وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم .
- ٢ - باختيار الإمام السابق لمن يليه كما حدث في اختيار أبي بكر لعمر حيث عهد إلى عمر بقوله « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ماعهد أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقى فيها الفاجر ، إنى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فإن بر وعدل فذلك علمي به ورأيي فيه ، وإن جار وبدل فلا علم لي بالنيب ، والخير أردت ولكل امرئ ما اكتسب وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون »
- ويصبح أن يعهد الإمام لولده كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم ..

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٨ - كتاب القناع ج ٤ ص ٩٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها - شرح الأزهري ج ٤ ص ٥١٨ .

٣ — يجعل الإمام السابق الأمر شورى في جماعة معينة يختارون الإمام الجديد من بينهم أو يختاره أهل الحل والعقد كما فعل عمر حيث ترك الأمر شورى في ستة من الصحابة فاختاروا من بينهم عثمان .

٤ — بالتغلب والقهر حيث يظهر المتغلب على الناس ويقهرهم حتى يذعنوا له ويدعونه إماماً فتثبت له الإمامة وتجب طاعته على الرعية ومثل ذلك ما حدث من عبد الملك بن مروان حين خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً . وإذا ثبتت الإمامة بإحدى هذه الطرق كان الخروج على الإمام بغياً ، أما إذا لم تسكن الإمامة ثابتة بإحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخارج باغياً ولا الخروج بغياً^(١) .

ومع أن العدالة شرط من شروط الإمامة إلا أن الرأي الراجح في المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية هو تحريم الخروج على الإمام الفاسق الفاجر ولو كان الخروج للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . لأن الخروج على الإمام يؤدي عادة إلى ما هو أنكر مما فيه وبهذا يمتنع النهي عن المنكر لأن من شرطه أن لا يؤدي الإنكار إلى ما هو أنكر من ذلك ، إلى الفتن وسفك الدماء وبث الفساد واضطراب البلاد وإضلال العباد وتوهين الأمن وهدم النظام . وإذا كانت القاعدة أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجب كالفسق إلا أنهم يرون أن لا يعزل إذا استلزم العزل فتنة . أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه أن للأمة خلع وعزل الإمام بسبب يوجب وأنه يعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعها كما كان لهم تفصيله لانتظام شئون الأمة وإعلائها ويرى بعض هذا

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ وما بعدها — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ — حاشية الشيباني .

الفريق أنه إذا أدى الخلع لفتنة احتمل أدنى الضررين^(١) .

ويرى الظاهريون أن الخروج على الإمام محرم إلا أن يكون جائراً فإن كان جائراً فقام عليه مثله أو دونه قوتل مع القائم لأنه منكر زائد ظهر ، فإن قام عليه أعدل منه وجب أن يقاتل مع القائم . وإذا كانوا جميعاً أهل منكر فلا يقاتل مع أحد منهم إلا أن يكون أحدهم أقل جوراً فيقاتل معه من هو أجور منه^(٢) . وعلى هذا الرأي بعض المالكيين ، فسحنون يقول بوجوب قتال أهل العصية إن كان الإمام عدلاً وقتال من قام عليه ، فإن كان غير عدل فإن خرج عليه عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما ولا يجوز لك دفعه عن الظالم . ويرى الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أن فسق الأئمة قد يتفاوت ككون فسق أحدهم بالقتل وفسق الآخر بآتهاك حرمة الإيضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والإيضاع فإن تعذر قوم المتعرض للإيضاع على المتعرض للدماء ، فإن قيل أيجوز القتال مع أحد هؤلاء لإقامة ولايته وإدامة نصرته وهو معصية ، قلنا نعم وفقاً لما بين مفسدتي الفسوقيين وفي هذا وقفة وإشكال من جهة كونه إعانة على معصية ولكن درء ما هو أشد من تلك المعصية يجوز . ونحوه خروج فقهاء القبروان مع أبي يزيد الخارجي على الثالث من بنى عبيد لكفره وفسق أبي يزيد والكفر أشد^(٣) ومجموع رأى سحنون والشيخ عز الدين هو رأى الظاهريين . وعلى الرغم من أن الرأي الراجح في مذهب مالك هو تحريم الخروج على الإمام الجائر فإن من المتفق عليه في المذهب أنه لا يحل للإمام الجائر أن يقاتل

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ - أسنى الطالب ج ٤ حاشية الشهاب الرملي ج ٤ ص ١١١ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٥ - الأحكام السلطانية الغراء ص ٥١٤ - تنمة الروض النضير ج ٤ ص ٦ ، ٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ - نيل الاوطار ص ٨٤ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٣٧٢

(٣) حاشية الشيباني ج ٨ ص ٦٠

الخارجين عليه لفسقه وجوره وعليه قبل كل شيء أن يترك فسقه ثم يدعوهم لطاعته فإن لم يجيبوه كان له أن يقاتلهم^(١).

ومن المتفق عليه في كل المذاهب الشرعية أن قتال الخارجين لا يجوز قبل سؤالهم عن سبب خروجهم فإذا ذكروا مظلمة أو جوراً وكانوا على حق وجب على الإمام أن يرد المظالم ويرفع الجور الذي ذكروا ثم يدعوهم للطاعة وعليهم أن يرجعوا للطاعة فإن لم يرجعوا قاتلهم والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَنْتَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾.

— فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا ببرد المظالم ورفع الجور^(٢).

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد :

١ - الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوى منعة أو شوكة أو لامنعة لهم .

٢ - الخارجون بتأويل ولكن لا منعة لهم .

٣ - الخارجون بتأويل وشوكة وهم قسمان :

(أ) الخوارج ومن يذهبون مذهبهم ممن يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(ب) الخارجون بتأويل ولهم منعة وشوكة ممن لا يذهبون مذهب الخوارج ولا يستحلون دماء المسلمين ولا يستبيحون أموالهم ونساءهم^(٣).

والتأويل المقصود هو ادعاء سبب للخروج والتدليل عليه ويستوى أن

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - كشف القناع

ج ٤ ص ٩٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ ، ٦١ - المحلى ج ١١ ص ٩٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - المغنى ج ١٠ ص ٤٨ ، ٥٢ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣

يكون التأويل صحيحاً أو فاسداً لا يقطع بفساده ويعتبر التأويل فاسداً إذا أولوا
الدليل على خلاف ظاهره ولو كانت الأدلة على التأويل ضعيفة كادعاء أهل الشام
في عهد علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطنه إياهم
مع أن هذا الادعاء صادر ممن لا يعتد بقولهم وشهادتهم .

وكتأويل بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا
لمن كانت صلاته سكناً لهم طبقاً لقوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ
وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾ .

وكادعاء الخوارج الذين خرجوا من عسكر على بعد صفين أنه كفر ومن
معه من الصحابة حيث حكم الرجال في أمر الحرب الواقعة بينهم وبين معاوية
وقالوا إنه حكم الرجال في دين الله والله تعالى يقول ﴿ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ وتلك
كبيرة ومرتكب الكبيرة في رأيهم كافر ، فإذا كان التأويل مقطوعاً بفساده
فلا يعتبر أن هناك تأويلاً ما^(١) .

والمنفعة أو الشوكة هي الكثرة أو القوة ، كثرة عدد الخارجين أو قوتهم
بحيث يمكن معها مقاومة تدعوه إلى احتمال كلفة من بذل مال وإعداد رحال ونصب
قتال ونحو ذلك ليردم إلى الطاعة . ويعتبرون في مذهب أحد النفر اليسير كالأحد
والاثنتين والعشرة ونحوهم ممن لا منعة لهم ولو كانوا مسلحين يحسنون القتال^(٢) .

ويشترط الشافعيون لوجود المنفعة والشوكة أن يكون في الخارجين مطاع
ولولم يكن إماماً عليهم يسمعون له ويطيعون لأن الشوكة لا تتم إلا بوجوده إذ
يصدرون عن رأى واحد ويعملون يداً واحدة ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم .
فهما بلغ عدد الخارجين ومهما كانت قوتهم فلا شوكة ما لم يكن فيها مطاع

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢، ٣٨٣ - كشف
القناع ج ٤ ص ٩٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ - كشف القناع
ج ٤ ص ٩٦ - المغنى ج ١٠ ص ٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣ .

وحكم الخارجين بلا تأويل والخارجين بتأويل ولا شوكة لهم عند أبي حنيفة وأحمد هو حكم قطاع الطريق فيعاملون على هذا الأساس ، وكتب الحنابلة والأحناف تجمل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يومم بأنهم يقررون كذلك دون قيد ولا شرط . أما حكمهم عند الشافعي فهو حكم غيرهم من أهل العدل ومحاسبون على ما يأتونه من أفعال فإن كونت جريمة الحرابة عوقبوا على الحرابة وإن كونت جرائم أخرى عوقبوا عليها . ويلاحظ أن لافرق بين الحنفيين والحنابلة وبين الشافعيين في هذه المسألة لأن الأحناف والحنابلة وإن اعتبرهم محاربين إلا أنهم لا يعاقبونهم بعقوبة الحرابة إلا إذا توفرت شروط الحرابة ، وإذا سموهم قطاعاً بإطلاق لأن الخارجين إذا لجأوا للقوة فلن يفعلوا إلا أن يخيفوا الطريق ويأخذوا الأموال ويقتلوا من تعرض لهم فتكون جرائمهم بطبيعة الحال وظروف الخروج حرابة فكأنهم نظروا إلى واقع الحال في إعطائهم حكم المحاربين - أما الشافعيون فنظروا إلى الأصل وقالوا إنهم من أهل العدل فإذا ارتكبوا جريمة وتوفرت شروطها أخذوا بها وهكذا لا نجد ثمة فرق بين الفريقين وإن اختلفوا في تعبيراتهم^(١) .

وإذا كان الرى الراجح في مذهب أحمد أن المتأول بلا شوكة يعتبر محارباً فإن بعض فقهاء المذهب لا يشترط الشوكة مع التأويل فلا فرق عنده بين الكثير والقليل ما دام الخروج أساسه التأول ويعتبر المتأول بلا شوكة باغياً لا محارباً ووجهة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم لما جرح علياً قال على للنحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به لم يثبت لفعله حكم البغاة كما أن إثبات حكم البغاة للعدد اليسير يشجع على الخروج ويؤدي إلى إتلاف أموال الناس لأن البغاة يسقط عنهم ضمان ما أتلوه^(٢) ووجهة الذين لا يشترطون الشوكة أن الخروج أساسه التأول

(١) شرح فتح القدير ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٠ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ٤٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٤٩ .

لا الشوكة وعقيدة الخارج لا عدد من يشاركونه تلك العقيدة فلامعنى لاشتراط الشوكة.
أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء
رأوا رأى الخوارج أو لم يروه ، ولا تعتبر الخوارج عدما كفره ولا فسقة
ولما بغاة لا غير ^(١) .

واختلف الخنابلة في الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان
وعليا وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم
ويرون سبي نسائهم ، فالبعض يراهم بغاة لا غير ، وهذا هو رأى أبي حنيفة
والشافعي وجمهور الفقهاء ، والبعض يراهم بغاة وفسقة في وقت واحد ، ويرون
استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وهذا هو رأى مالك
وسنذكره فيما بعد . على أن أبا حنيفة يعتبر أيضاً الخوارج فسقة باعتقادهم ولا كنه
يعاملهم معاملة البغاة ولا ينظر إلى الفسق إلا في قبول شهادتهم وقضائهم ^(٢) .

ويرى البعض الآخر - ورأيهم الراجح في مذهب أحمد - أن الخوارج
مرتدون فحكمهم حكم المرتدين لا حكم البغاة ومن ثم تباح دماؤهم وأموالهم
فإن تميزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة ضاروا أهل حرب كسائر الكفار
وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حداً
وكانت أموالهم فيئا لا يرثهم ورثتهم المسلمون وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه
أبو سعيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم يحقرون صلاتكم مع
صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرؤون القرآن لا يجاوز
حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، ينظر في النصل فلا يرى
شيئاً وينظر في القدح فلا يرى شيئاً ، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويتماذى
في الفوق » .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٠ - نهاية
الاحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣ - المهذب ج ٢ ص

٢٣٤ ، ٢٣٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

وفي رواية أخرى «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية - يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فإن لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » .

أما القائلون بأنهم بقاء أو بقاء فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء - وإنما الذي قال به بعض فقهاء الحديث لا كلمهم ، ويفسرون عبارة « يتمادى في الفوق » بأن الحديث لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه ، ويحتجون أيضاً بما روى عن علي ، أنه لم يقاتل أهل النهروان إلا بعد أن قتلوا عبد الله بن خباب وأنه لم يبدروهم بقتال ، وقال لأصحابه لا تبدروهم بقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله فحينئذ استحل قتلهم لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب القتل ، ولو كانوا كفاراً لبدروهم بالقتال ولما طالب بالقود من قتلة عبد الله بن خباب ، كذلك يحتجون بما ذكره ابن عبد البر عن علي ، أنه سئل عن أهل النهروان أ كفارهم؟ قال : من الكفر فروا . قيل فنناقون؟ قال : إن المناققين لا يذكرون الله إلا قليلاً : قيل فاهم؟ قال : هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقتلونا فقاتلناهم . وأخيراً فإنهم يحتجون بأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن : أحسنوا إسهاره فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضربة كضربتي ، أي أنه أشار بالقصاص منه ولو كان كافراً لما اقتص منه لأن الكافر مباح الدم بكفره (١) .

ويختلف مذهب مالك عن المذاهب الثلاثة فيمن يعتبره باغياً ، فالباغي عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة في غير معصية بمغالبة ولو تأو يلاً ، فكل من خرج بمغالبة فهو باغ سواء كان متأولاً أو غير متأول ، ذا منعة وشوكة أو ليس له شوكة ولا منعة ، ويجوز أن يكون الباغي فرداً واحداً ويجوز أن يكون البغي من أكثر من واحد ، والخوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن على

غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسبي النساء ، هم عند مالك بغاة وليسوا كفرة وإنما هم فسقة في رأيه ولهذا يرى إذا ظفر بهم الإمام العدل أن يستتيبهم وغيرهم من أهل الأهواء ^(١) .

ومذهب الظاهريين على أن البغاة قسمان لا ثالث لهما ، قسم خرجوا على تأويل في الدين فأخطأوا في تأويلهم كالخوارج وما جرى مجراهم من سائر الأهواء المخالفة للحق ، وقسم أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمام حق أو على من هو في السيرة مثلهم فإن تمدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملا ، انتقل حكمهم إلى حكم المخاريين وهم مالم يفعلوا ذلك في حكم البغاة . والمتأولون قسمان : قسم أخطأ في التأويل وله عذر في تأويله كأصحاب معاوية وقسم من المتأولين لا عذر له في تأويله كمن قام برأي الخوارج ليخرج الأمر على قريش أو ليرد الناس إلى القول بإبطال الرحم أو تكفير أهل الذنوب أو استقراض المسلمين أو قتل الأطفال والنساء وإظهار القول بإبطال القدر أو إلى منع الزكاة ، فهؤلاء وأمثالهم لا عذر لهم بالتأويل الفاسد لأنها جهالة تامة . والقائمون لغرض الدنيا أو للعصبية كما فعل يزيد بن معاوية ومروان بن الحكم وعبد الملك بن مروان في القيام على ابن الزبير ، وكما فعل مروان بن محمد في القيام على يزيد بن الوليد ، فهؤلاء لا يعمدون لأنهم لا تأويل لهم أصلا وعملهم بغير مجرد ^(٢) .

أما من قام يدعو إلى أمر بمعروف أو ينهى عن منكر أو إلى إظهار القرآن والسنن والحكم بالعدل فليس باغياً بل الباغي من خالفه . فإذا أريد بظلم فمنع نفسه فإنه على حق سواء أراده الإمام أو غيره ^(٣) .

ويرى الظاهريون أن البغاة ليسوا فقط من خرجوا على الإمام وإنما الباغي

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ ،

٦١ - تبصر الحكام ج ٢ ص ٣٦٢ .

(٢) المجلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) المجلى ج ١١ ص ٩٨

هو من بنى على أخيه السلم - فيجوز أن يكون الباغي صائناً ويجوز أن يكون فرداً فإذا كان الباغي هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغي حتى ينفى إلى أمر الله وعلى هذا يصح أن يكون الباغي فرداً و يصح أن يكون جماعة^(١) .
 وخلاصة رأى الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام بتأويل أو غير تأويل فهو باغ سواء كان فرداً أو جماعة مالم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغياً .
 والباغي عند الشيعة الزيدية هو من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم على المحاربة وله فئة أو منعة - أو قام بما أمره للإمام^(٢) .

فالبغى لا يكون إلا من جماعة يكون لهم منعة وعدد وتأويل وهذا يتفق مع مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد إلى حد كبير . كما يتفق مذهب الظاهريين مع مذهب مالك ولا يعتبر الخارج بحق باغياً عند بعض المالكيين وأبى حنيفة والظاهريين^(٣) ، وعلى مثل هذا رأى الشيعة الزيدية^(٤) .

أما عند الشافعى وأحمد وبعض المالكيين فيعتبر الخارج باغياً ولو كان خارجاً بحق وسواء كان على صواب أو على خطأ لأن الخروج ليس هو الطريق الصحيح الذى يؤدى لإقرار الحق وتصحيح الخطأ ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة فى اختيار الوسيلة التى يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدى إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة - ولأنه من الحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته ، لأن من تثبت إمامته تجب طاعته - على أن فى مذهب الشافعى من يزى أن الخروج على الإمام الجائر ليس بغياً إذا كان الخروج لإزالة جور أو ظلم ولكن رأيهم مرجوح فى المذهب^(٥) .

ويعتبر الخروج بحق فى مذهب أبى حنيفة وعند القائلين من المالكيين إذا

(١) المحلى ج ١١ ص ٩٩

(٢) الروض النضر ج ٤ ص ٣٢١

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٧٧ - شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ - شرح

فتح المقدير ج ٤ ص ٤٠٨ - المحلى ج ١١ ص ٩٨ ، ٩٩ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦

(٤) تنمة شرح الروض النضر ص ٨ ، ٩ مع المجلد الرابع .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٤ ص ١١١ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦

كان الخارجون قد فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به الإمام وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس أن يعينوا الإمام عليهم ، لأن في ذلك إعانة على الظلم وتعاون على الإثم والعدوان . ويرون في مذهب مالك أن على الناس أن يعينوا الخارجين على الإمام ، بينما يرى الحنفية أن ليس للناس إعانة الخارجين لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام . أما إذا كان الخروج بدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل بنى عبد أبي حنيفة ، وعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر الإمام على هؤلاء الخارجين . أما المالكيين فيرون نصر الخارجين إذا كان الخارج عليه عدلاً أو كان أقل فسقاً وجوراً مادام الإمام جائراً فاسقاً^(١) .

ويعتبر الخروج بحق في مذهب الظاهريين إذا كان لظلم ظلمهم به الإمام أو كان للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فتعرض لهم الإمام أو خرج على الإمام الجائر إمام عدل أو أقل فسقاً وجوراً^(٢) .

ويقترق مذهب الظاهريين عن المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية في اعتبار السلطان باغياً . فهذه المذاهب لا تعتبر السلطان باغياً ولو كان جائراً وإنما البغاة هم الخارجون على الإمام . وقد رأينا أن بعض الفقهاء يعتبرون الخارجين بغاة سواء كانوا على حق في خروجهم أو كانوا على غير الحق بينما يراهم البعض بغاة إذا كانوا على غير الحق فقط فإن كانوا على حق فليسوا بغاة على أن القائلين بهذا يرونهم ومخالفوهم أن الإمام ليس له أن يقاتل الخارجين قبل أن يسألهم عن سبب خروجهم فإذا ادعوا مظلمة أو شبهة . كان على الإمام أن يرد المظالم ويكشف الشبهات ثم يدعومهم بعد ذلك للطاعة فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصبحون بامتناعهم عن العودة للطاعة بغاة ولو كانوا قد خرجوا في أول الأمر بحق^(٣)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣٧ - حاشية الشيباني وشرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠

ومواهب الجليل ص ٢٧٧

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - كتاب القناع ج ٤ ص ٩٦ - المغني ج ١٠ ص

٥٣ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ ، ٤٢٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ -

شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ .

الركن الثاني

أن يكون الخروج مغالبة

٦٦٣ — يشترط ليكون الخروج بنياً أن يكون مغالبة أى أن يكون استعمال القوة هو وسيلة الخروج وأن يكون الخروج مصحوباً بالمغالبة أى باستعمال القوة ، فإذا كان الخروج غير مصحوب باستعمال القوة فلا يعتبر بنياً كرفض مبايعة الإمام بعد أن بايعت له الأغلبية ولو نادى الخارجون بعزل الإمام أو بمصيانته وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها . ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عوقبوا عليه باعتباره جريمة عادية ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة في صدر الإسلام . فقد امتنع على عن مبايعة أبى بكر أشهر أئمة بايع ، ورفض سعد ابن عبادة مبايعته ولم يبايعه حتى مات . وكامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن المبايعة ليزيد . ومن الأمثلة على ذلك ما وقع من الخوارج في عهد على . فإن علياً لم يتعرض لهم حتى استعملوا القوة ، ولم يعتبرهم بغاة إلا بعد استعمالها . وكان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد لا حكم إلا لله وهى عبارة كان الخوارج يتنادونها يعرضون بقبول على التحكيم . فقال على كلمة حق أريد بها باطل : لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نمنعكم من النىء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال . وكان يصلى يوماً فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين . يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم فأجابه على : فاصبروا وإن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون . ويدللون على هذا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمناقضين الذين كانوا معه في المدينة — فلأن لا يتعرض لأهل البنى

وهم من المسلمين أولى . وتلك كانت سيرة عمر بن عبد العزيز في الخوارج - كتب إليه عدى بن أرطاة أن الخوارج يسبونك فكتب إليه إن سبوني فسبوهم ، وإن شهروا السلاح فأشهروا عليهم ، وإن ضربوا فاضربوا . وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الولاة في شأن الخوارج فقال : إن كان رأى القوم أن يسبحوا في الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ، ولا على قطع سبيل من سبيل المسلمين ، فليذهبوا حيث شاؤوا ؛ وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم التمس بذلك وجه الله .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة على بعد أن جرحه ابن ملجم قال : على أطمعوه واسقوه واحبسوه . فإن عشت فأنا ولي دمي أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به . فقد اعتبر على جريمة ابن ملجم جريمة عادية ولم يعتبره باغياً لأن خروجه لم يكن مغالبة ^(١) .

ويروى الحضرمي يقول : دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كنفذة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأنيت به علياً ، فقلت : إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال إذن ويحك من أنت؟ فقال أنا سور المنقري . فقال على : خل عنه . فقلت : أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك !! قال : أفأقتله ولم يقتلني ^(٢) ؟

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرية حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلاً - أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل المادلون ولو تحيزوا في مكان وتجمعوا ولو كانوا يقصدون استعمال القوة في الوقت المناسب ولكن ليس ثمة ما يمنع من

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - شرح الزرقاني وخاشية الشيباني ص ٦٠ - ١٠ ص ٥٨ ، ٦٠ - وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٩
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩

منعهم من التحيز وتمزيقهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة . أما أبو حنيفة فيعتبرهم بقاء ، ويعتبر حالة البغي قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع . ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبي حنيفة في هذا ، والأصل عند الجميع أن البغاة لا يحل قتالهم إلا إذا قائلوا فن نظر إلى حقيقة القتال اشترط أن يقع القتال فعلا ومن نظر إلى وجودهم في حالة قتال اكتفى بتجمعهم بقصد القتال والامتناع^(١) على أن الرأي الراجح في مذهب أحمد يرى قتل الخوارج لأنهم كفار بتكفيرهم المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم .

ولا يبدأ الإمام قتال الخوارجين إلا بعد أن يرأسهم ويسألهم عن سبب خروجهم فإن ذكروا مظلمة أزالتها أو شبهة كشفها لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق ، وقد فعل على هذا في وقعة الجمل وفعله مع الحرورية ولأن الله جل شأنه يقول ﴿ فأصلحوا بينهما ﴾ فإن بغت إحداها على الأخرى فقاتلوا التي تبغي ﴿ فيجب أن يتقدم ما قدمه الله وهو الصلح ويتأخر ما أخره وهو القتال ثم يدعوم بعد ذلك للطاعة فإن استجابوا وإلا قاتلهم إلا أن يعاجلوه بالقتال فله أن يقاتلهم دون أن يسألهم . ويرى أحمد أن له هذا أيضا إذا خشى كلهم فليس من المتعين أن يرأسهم^(٢) .

وقد راسل على أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، وأمر أصحابه أن لا يبدأوهم بقتال ثم قال : هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله أكبر يائارات عثمان فقال : اللهم اكب قتلة عثمان على وجوههم . كذلك بعث عبد الله ابن عباس للحرورية فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ - الروض النضر ج ٤ ص ٣٣١ - شرح الزرقاني

حاشية الشيباني ج ٨ ص ٦٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣

(٢) المغني ج ١٠ ص ٥٣ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص

٤٠٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - المحلى ج ١١ ص ٩٩

(٤٤) - التفسير الجنائي الإسلامي (٢)

وإنما وجبت المراسلة والدعوة للطاعة لأن المقصود من القتال هو كفهم
ودفع شرهم لا قتلهم ؛ فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من
الضرر بالفریقین فإن سأله الخوارج الأنظار لمدة معينة أنظرهم إن رأى في ذلك
مصلحة ، وإن ظن أنهم يريدون المهمة ليكيدوا له لم ينظرهم ثلاثة أيام ^(١)
ويشترط الزيدية أن تكون الدعوة للطاعة ، وإذا أمكن دفع البغاة بدون القتل
لم يجوز قتلهم لأن المقصود دفعهم وليس إهلاكهم ولأن المقصود إذا حصل بما دون
القتل لم يجوز القتل من غير حاجة .

وإذا حضر مع البغاة من لا يقاتل فيرى الحنابلة أنه لا يجوز قتله ، وهذا
هو رأى بعض الشافعيين ، ويرى الآخرون قتله ما دام في صف البغاة ولو لم
يقاتل لأنه يعتبر رداءً لهم ؛ والظاهر في المذاهب الأخرى أن حكم من حضر
المعركة وكان في صفوف البغاة أن له حكمهم إذا أمكن اعتباره في مركز المقاتل
أو المدافع ^(٢) .

وتعتبر حالة البغى قائمة طالما كان الباغى في مركز المقاتل أو المدافع . فن
ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح
جرحاً يمنعه من القتال أو حرب غير متحيز إلى فئة أو متحرفاً لقتال فلا يجوز
قتله لأنه لا يجوز قتاله حيث زالت حالة البغى وهي استعماله القوة . وعلى هذا
لا يقتل المدبر ولا الأسير ولا يجهز على الجريح سواء كانت حالة الحرب قائمة
أو انتهت . وهذا هو ما يراه الشافعى وأحمد . وفي مذهب أحمد لا يتبع المدبر
أصلاً ولا يقتل ولو كان متحيزاً إلى فئة ^(٣) .

ومذهب الشافعى ، على اتباع المهزومين إذا انهزموا مجتمعين أو انسحبوا

(١) شرح الازهار ص ٥٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٥٤ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١١٤

المحلى لأبن حزم ص ١١٦

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٥٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٥ - المحلى ج ١١ ص ١٠٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٣ - كشف القناع ص ٩٨

ينظام وكانوا غير متفرقين ، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا ، وإلا أتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم ، ومن تخلف منهم مجزأ أو ألقى سلاحه تاركا للقتال ، لم يقاتل ، ويقاتل من ولى متحرقا للقتال أو متحيزا لفئة قريبة أو بعيدة ^(١) .

فإذا انهزموا وولوا مدبرين ، فإن كانت لهم فئة ينحازون إليها فيبقى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل ، وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالا لشأقتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس ، وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم ^(٢) وبعض أصحاب الشافعي يرون رأى أبي حنيفة ^(٣) .

والقاعدة عند مالك أن لا يتبع المنهزم ولا يجهز على الجريح إلا إذا خيف منهم أو انحازوا إلى فئة ، ففي هذه الحالة يتبع المنهزم ويدفع على الجريح أما الأسير فإذا كانت الحرب قائمة فللإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خيف أن يكون منهم ضرر ، فإذا انقطعت الحرب فلا يقتل ^(٤) . على أن بعض المالكيين يمنع قتل الأسير وتتبع المدر والإجهاز على الجريح بصفة مطلقة ^(٥) .

ويرى الظاهريون أنه لا يجوز قتل الأسير بأي حال ولو أن قتله كان مباحا قبل الأسار لأن حل قتله قبل الأسار ليس مطلقا ، وإنما الذي أحل قتله هو قتاله أو دفاعه ، فإذا لم يكن باغيا أى مقاتلا أو مدافعا حرم قتله لزوال حالة البغى ، وهو إذا أسر فليس حينئذ باغيا ولا مدافعا فدمه محرم وكذلك لو ترك

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٤٠ ، ١٤١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ ، ٤١٢ -

(٣) المغني ج ١٠ ص ٦٣

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨

(٥) مواهب الجليل ص ٢٧٧

القتال وقعد مكانه ولم يدافع لحرم دمه وإن لم يؤسر لأن الله جل شأنه قال : ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾ فمن فاء فلا يقاتل ، وإنما حل قتاله الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة ^(١) وكذلك الحكم في الجرحى لأن الجريح إذا قدر عليه فهو أسير وأما ما لم يقدر عليه وكان ممتنعاً فهو باغ . أما المدبرون فإن كانوا تاركين للقتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلاً وإن كانوا منحاكين إلى فئة أو لاذين بمعقل بمنعمون فيه أو زائلين عن الغالبين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيقتبعون ^(٢) لأن الله افترض قتالهم حتى يفيثوا لأمر الله ولم يفيثوا بعد . ومذهب الشيعة الزيدية كذهب أبي حنيفة ^(٣) .

وإذا قتل من البغاة أسير أو جريح أو مدبر عند من لا يميزون قتله فقاتله مسؤول عن قتله جنائياً . ويرى بعضهم القصاص من القاتل لأنه قتل معصوماً لا شبهة في قتله . ويرى البعض أن لا قصاص لأن في قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص عند من يقولون بأن الشبهات تدرأ الحدود والظاهر يرون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فمقتضى مذهبهم القصاص في كل الأحوال ^(٤) .

ويحبس الأسرى إلا من دخل منهم في الطاعة فيخلى سبيلهم ويطلقون محبوسين حتى تنتهى الحرب . وإذا كان الأسير امرأة أو صبيكاً أو شيخاً فانياً أخلى سبيلهم ولم يحبسوا في رأى . وفي رأى الآخر يحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة . والرأيان في مذهب أحمد والشافعى ، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس ^(٥)

(١) المحلى ج ١٧ ص ١٠٠ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٠١

(٣) شرح الروض النضر ج ٤ ص ٣٣٢ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٣٤

(٤) المنى ج ١٠ ص ٦٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٣٦

(٥) المذهب ج ٢ ص ٣٣٦ - المنى ج ١٠ ص ٦٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢ -

شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ .

ويجوز تبادل الأسرى وأخذ الرهائن بين الفريقين عند الضرورة ولكن لا يجوز لأهل العدل قتل الأسرى أو الرهائن على سبيل المعاملة بالمثل لو قتل البغاة الرهائن أو الأسرى لأنهم مسلمون غير مقاتلين ولا مغالبيين مع ملاحظة ما سبق أن قلناه من أن بعض الفقهاء يحيز قتل الأسرى في حالة قيام الحرب ، أما منع قتل الرهائن فلا خلاف فيه لأنهم غير مقاتلين ولأنهم صاروا آمنين بالموادة^(١) .

ويرى مالك وأبو حنيفة أنه يجوز قتال البغاة بما يعم إتلافه كالتهريق والتفريق ورمي المنجنيق ويقاتلون بكل ما يقاتل به المشركون ، لأن القتال مقصود به دفع شرمهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يؤدي لذلك^(٢) . ويرى بعض المالكيين أن لا يقاتلوا بما يعم إتلافه إذا كان فيهم نساء وذرية ولا يراه البعض الآخر^(٣) .

ومذهب الشافعي وأحمد على أن لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتفريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من يقاتل وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا بربهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، أما إذا قاتل البغاة بما يعم إتلافه فيجوز قتالهم بمثله^(٤) .

ويحيز الشيعة الزيدية القتل بما يعم إتلافه بشرطين أولهما : أن يتعذر الوصول إلى البغاة إلا بذلك كأن يتحصنوا في حصن أو بيوت مانعة أو في سفينة البحر ثانيهما : أن يكون بينهم من لا يجوز قتله كالصبيان والنساء ، فإن لم يجتمع

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧ ، ١١٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ - المفتى ج ١٠

ص ٦٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ - المفتى ج ١٠ ص ٥٧

هذان الشرطان فلا يجوز استعمال ما يعم إتلافه إلا لضرورة ملحة^(١).

ويجوز الظاهريون القتال بما يعم تلفه بشرط أن لا يؤدي إلى قتل غير البغاة لأن من لم يقاتل لا يحل قتله^(٢).

ويكره للعادل قتل أبيه أو أمه إذا كان أحدهما باغياً ولكن القاتل يرث القتل مع هذا لأنه عمد غير عدوان ، ولا يكره قتل الجد ولا الأخ ولا الابن^(٣). أما أبو حنيفة فيكره للعادل أن يقتل باغياً ذا رحم محرم منه ابتداءً إلا إذا أراد الباغى قتله فله أن يدفعه ، ولا يحرم العادل ميراث الباغى ، أما الباغى إذا قتل العادل فيحرم من ميراثه عند أبي يوسف . وعند أبي حنيفة ومحمد ، لا يحرم إن كان يعتقد أنه قتله بحق ، ولا يزال على هذا الاعتقاد^(٤).

ومذهب الشافعي كذهب أبي حنيفة في كراهة القتل ، ولكنه لا يرث العادل ولا الباغى شيئاً من مال المقتول لموم قوله صلى الله عليه وسلم «ليس لقاتل شيء» . وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما : يكره قتل ذى الرحم المحرم ، والثاني لا يرثه لأنه ليس لقاتل شيء ، وأما الباغى إذا قتل العادل فإنه لا يرثه لأنه قتله بغير حق^(٥).

وحجة القائلين بالكراهة قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ، فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كف أبا حذيفة ومنعه عن قتل أبيه .

ورأى الظاهر بين أن قتل ذى الرحم غير مكروه وإن كانوا لا يختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة مادام يحذره ، فإن رأى أبيه أو أخاه يقصد مسلماً ، كان عليه أن يدفعه عن المسلم^(٦).

(١) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٢١ ، ٥٢٢ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ١١٦ ، ١١٧ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ، ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤ ، ٤١٦ .

(٥) المغني ج ١٠ ص ٦٧ ، ٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ١٠٧ .

ولكن الشيعة لا يميزون للمسلم أن يقتل ذا رحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين: أحدهما: أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره. الثاني: أن لا يدفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغي إذا قتله^(١).

والبغى إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دماءهم طالما كانوا باغين، إلا أنه لا يبيح أموالهم حتى في حالة البغى، فتظل أموالهم موصومة ولو وقت في يد المادلين - ويرى مالك أنه لا يجوز قطع أشجارهم ولا هدم دورهم ولا إتلاف أموالهم وإنما للإمام أن يستعين بأموال البغاة التي يمكن استعمالها في القتال فيقاتلهم بها كالأسلحة والخيول والإبل حتى إذا تغلب عليهم - رد عليهم ما استعان به وغيره^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر بعد الهزيمة، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال - وبعد موقعة النهروان جمع ماغنم من الخوارج في الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر من الحديد لإنسان جاء فأخذه. ويرى أبو حنيفة ما يراه مالك من جواز استعمال السلاح والكرع أن احتججه أهل العدل لأن للإمام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففي مال الباغي أولى أما بقية الأموال فتجبس عن البغاة لدفع شرهم وإضعافهم بذلك ولا ترد إليهم حتى يفيئوا فترد عليهم أو على ورثتهم، ويجوز للإمام أن يبيع من الأموال ما يحتاج نفقة ويحبس الثمن^(٣).

ويرى الشافعى أنه لا يجوز استعمال شيء من أموال البغاة وأنها ترد جميعاً بعد انتهاء الحرب لأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، لكن إذا اقتضت الضرورة استعمال مال من أموال البغاة جاز استعماله كما لو تعين استعمال سلاحهم للدفاع أو استعمال خيولهم للتغلب عليهم - ويرى البعض أنه يجب أن

(١) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٤١

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦١

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢، ٤١٣

تؤدي أجرة المال المستعمل كما هو الشأن في حالة الضرورة . ولا يرى البعض ذلك لأن الضرورة هنا منشأها فعل البغاة ولم تنشأ من جهة المضطر^(١) .
وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما كذهب أبي حنيفة ومالك والثاني كذهب الشافعي^(٢) .

ومذهب الظاهريين كذهب الشافعي فهم يرون الحيولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيجس عنهم حتى يفيثوا ولا يجوز استعماله إذا اضطر أهل العدل لأن يدافعوا به عن أنفسهم^(٣) :
ويرى الشيعة الزيدية أنه لا يجوز الاستعانة بأموال البغاة أيا كان نوعها فإذا استعملها الإمام كان ضامناً لها^(٤) .

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان في معسكر البغاة من الأموال محل أخذه غنيمة لأهل العدل^(٥) .

وللامام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من منه إلى الطاعة وليس له عند أحمد والشافعي أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى قتلهم مدبرين من المسلمين ويرى أبو حنيفة أن للامام الاستعانة على البغاة إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر - وهذا هو رأي الشيعة الزيدية ؛ أما الظاهريون فلا يوجبون الاستعانة بأهل الحرب وأهل الذمة إذا اضطرتهم حماية أنفسهم لذلك بشرط أن يوقنوا أنهم في استنصارهم لا يؤذون مسلماً ولا ذمياً في مال ولا حرمة - أما الاستعانة بأهل البغي فلا ينعها الظاهريون^(٦) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٠٢ .

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٥) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣٠ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ١١٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٦ المغني ج ١٠ ص ٥٧ -

أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٣ .

ولم أعثر على رأى مالك فى الاستعانة على البغاة بالذميين وإن كان رأيه فى الجهاد أن لا يستعان بمشرك إلا فى خدمة الجيش المحارب فأولى ألا يستعان به فى محاربة مسلم .

الركن الثالث

القصد الجنائى (قصد البغى)

٦٦٤ - يشترط لوجود البغى أن يتوفر لدى الخارج القصد الجنائى ، والقصد المطلوب توفره هو القصد الجنائى العام . أى قصد الخروج على الإمام مغالبة ، فإذا كان الخارج لم يقصد من فعله الخروج على الإمام أو لم يقصد المغالبة فهو ليس باغياً .

ويشترط أن يكون الخروج على الإمام بقصد خلعه أو عدم طاعته أو الامتناع من تنفيذ ما يجب على الخارج شرعاً ، فإن كان الخارج قد خرج امتناعاً عن معصية فهو ليس باغياً ، وإذا ارتكب الباغى جرائم قبل المغالبة أو بعد انتهائها فليس من الضرورى أن يتوفر فيها قصد البغى لأنه لا يعاقب عليها باعتباره باغياً وإنما باعتباره عادلاً ، فيشترط أن يتوفر فى كل جريمة منها القصد الجنائى الخاص بها ليعاقب عليها بعقوبتها الخاصة .

مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

٦٦٥ - تختلف مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية باختلاف الحالات التى يكون فيها ، فمسؤوليته قبل المغالبة وبعدها تختلف عنها فى حالة المغالبة .

٦٦٦ - مسؤولية الباغى قبل المغالبة وبعدها : يسأل الباغى مدنياً وجنائياً عن كل مايقع منه من الجرائم قبل المغالبة باعتباره مجرمًا عادياً ، وكذلك عن جرائمه التى تقع بعد انتهاء المغالبة ، فإذا قتل اقتصر منه إذا توفرت شروط

القصاص ، وإذا أخذ مالا خفية عوقب باعتباره سارقا إذا توفرت شروط السرقة وإذا غضب مالا أو أثله عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والاتلاف ، وإذا امتنع عن تنفيذ ما يجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع وعليه الضمان المادى فى كل الأحوال إذا أتى ما يوجب الضمان كالسرقة والغصب والاتلاف .

٦٦٧ - مسؤولية الباغى أثناء المغالبة : الجرائم التى تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما لقضيه حالة الحرب وإما أن لا تقتضيه حالة الحرب .

فأما ما اقتضته حالة الحرب كقاومة رجال الدولة وقتلهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها وإتلاف الطرق والكبارى وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم لا يعاقب عليها بمقوباتها العادية - وتدخل جميعا فى جريمة البنى - والشرعية تكتفى فى البنى بإباحة دماء البغاة وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم أو أن يعززمهم على بغيتهم لأعلى الجرائم والأفعال التى أتوها أثناء خروجهم ، فعقوبة البنى بعد التغلب على البغاة هى التعزير ، أما عقوبة البنى فى حالة المغالبة والحرب فهى القتال إن جاز أن نسميه عقوبة ، وما يتبعه من قتل وجرح وقطع ، والواقع أن القتال لا يعتبر عقوبة وإنما هو إجراء دفاعى لدفع البغاة وردهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ما وقع ، ولكن من المنفق عليه أنه إذا انتهت حالة المغالبة امتنع القتال والقتل - والخلاف منحصر فى قتل الأسير والإجهاز على الجريح - حيث يحيزه البعض كما قدمنا عند قيام حالة المغالبة ، ولا يحيزه البعض الآخر ، فإذا انتهت حالة المغالبة فالباغى معصوم الدم لأن البنى هو الذى أباح دمه ، ولا بنى إذا لم تكن مغالبة .

أما الجرائم التى تقع من الباغى أثناء المغالبة ولا تقتضيه طبيعة المغالبة فهذه

تعتبر جرائم عادية و يعاقب عليها بمقتوباتها العادية ولو أنها وقعت أثناء الخروج والمغالبة كشرب الباغى الخمر مثلاً .

٦٦٨ — مسؤولية الباغى المرنى : ليس على أهل البغى ضمان ما أتلّفوه

حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب فأما ما لم تكن هناك ضرورة لإتلافه حالة الحرب وما أتلّف في غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه بلا خلاف — أما الأموال التي لم تتلف أو تلفت تلفاً جزئياً فعلى البغاة ردها لأربابها وعليهم ضمان التلف الجزئى إذا لم تكن ضرورة الحرب هي التي اقتضت هذا التلف الجزئى — وهذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى — على أن فى مذهب الشافعى رأياً يتضمن البغاة كل ما أتلّفوه من نفس أو مال فى حال الحرب وفى غير الحرب لأنهم أتلّفوه بعدوان على أن القائلين بهذا الرأى لا يرون القصاص فى القتل لأنهم يسقطونه بالشبهة فيلزمون البغاة بديات من قتلوا^(١) ويحتج القائلون بتضمن البغاة بأن أبابكر قال لأهل الردة تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال أتلّفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب الضمان كالذى تلف فى غير حالة الحرب ، ويحتج القائلون بعدم الضمان بأن الفتنة الكبرى كانت بين الفاس وفيهم البديرون فأجمعوا على أن لا يقيم حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن ولا يغرّم ما أتلّفه بتأويل القرآن ، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما أتلّفته على الأخرى كأهل العدل ، ولأن تضمينهم بقضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمن أهل الحرب ، فأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يتضمه فإن عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله فواقفه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً على

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ — أسنى المطالب ج ١ ص ١١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٦١ —

شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤

أنه لو وجب التفریم فی حق المرتدین لم یلزم مثله فی حق البغاة فإن أولئك كفار لا تأویل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأویل سائق فلا یصح إلحاقهم بهم^(١)، ویری الشیعة الزیدیة أن البغاة لا ضمان علیهم^(٢).

ویری مالک عدم تضمین الباغی ولو كان ملیئاً سواء أتلف نفوساً أو أموالاً بشرطین : أولهما : أن یکون الباغی متأولاً ، فإن لم یکن متأولاً ضمن ، الثاني : أن یکون الإتلاف حدث حال البغی واقتضته ضرورة الغالبة^(٣).

ویسی الباغی غیر المتأول فی مذهب مالک معانداً ولکنهم لا یعتبرونه معانداً إلا إذا كان خارجاً علی عدل ، فإن خرج علی غیره فلیس معانداً ولو كان غیر متأول وكان حکمه حکم المتأول .

أما الظاهريون ، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف ، صنف تأولوا وتأویلا یخفی وجهه علی كثير من أهل العلم کمن تطلق بآیة خصصتها آیة أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر فهؤلاء معذورون ، حکمهم حکم الحاکم المجتهد یحطیء فیقتل مجتهداً أو یتلف مالا مجتهداً أو یقضى فی فرج خطأ مجتهداً ولم تقم علیه الحجة فی ذلك ، ففی الدم دية علی بیت المال لاعلی الباغی ولا علی عائلته ویضمن المال کل من أتلفه ، وهكذا أيضاً من تأول تأویلا خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم علیه الحجة ولا بلفظه ، وأما من تأول تأویلا فاسداً لا یعذر فيه ، لکن خرق الإجماع أى شیء كان ولم یتملق بقرآن ولا سنة فعليه القود فی النفس ومادونها والحد فيما أصاب من حدود الله ، وضمان ما استهلك من مال وهكذا من قام فی طلب دنیا مجرداً بلا تأویل ومن قام عصبية^(٤).

وإذا غلب البغاة علی بلد فحبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه ، فإذا ظهر أهل العدل بعد علی البلد وظفروا بأهل البغی لم یطالبوا بشيء مما جبی ولم یرجع به علی من أخذ منه ، وهذا هو رأى مالک وأبی

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٩

(٤) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

(١) المغنی ج ١٠ ص ٦٢

(٣) شرح النهج ج ٨ ص ٦٢

حنيفة والشافعي وأحمد وحجتهم أن في عدم الاعتداد بذلك إضراراً بالرعية على أنه إذا كان قد بقي من الأموال التي جبيت شيء في يد البغاة ، استولى عليها الإمام لعرفها في مصارفها^(١) . ويقتصر مالك عدم الضمان على الباغي المتأول دون غيره .

ويرى الظاهريون أنه لا محل أن يكون حاكماً إلا من ولاء الإمام المحكم ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاء الإمام ذلك ، ولا أن يكون مصداقاً أو جابياً إلا من ولاء الإمام ذلك ، فـ كل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قطعة وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام ، فلم يحكم كما أمره الله ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى ، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى فإن لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئاً من ذلك بحق وإذا لم يفعله بحق فقد فعله بباطل ، وإذا فعله بباطل فقد تعدى (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) والرسول صلى الله عليه وسلم يقول « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » فإذا هو ظالم ، فالظلم لا حكم له إلا رده ونقضه ، وواضح من هذا أن من أخذ صدقة فعليه ردها لأنه أخذها بغير حق فهو متعد فعليه ضمان ما أخذ إلا أن يوصله إلى الأصناف المذكورة في القرآن فإذا أوصلها فقد تأدت الزكاة إلى أهلها . وضح من هذا أن كل حد أتاها فهو مظلم لا يعتد به وتعاد الحدود ثانية ولا بد وتؤخذ الدية من مال من قتلوه فوراً وأن يفسخ كل حكم حكموه ولا بد . وليس أدل على ذلك مما رواه عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال : بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره وعلى أثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم . وعن عرجة أن رسول الله قال « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان » فصيح أن لهذا

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٣ - أسنى المطالب

الأمر أهلاً لا يحل لأحد أن ينافرهم إياه وأن تفريق هذه الأمة بعد اجتماعها لا يحل وصح أن المنازعين في الملك والرياسة يريدون تفريق جماعة هذه الأمة وأنهم منافزون أهل الأمر أمرهم فهم عصاة بكل ذلك وإذ هم عصاة فكل حكم حكموه وكل زكاة قبضوها وكل حد أقاموه كل ذلك منهم ظلم وعدوان ومن الباطل أن تنوب معصية الله عن طاعته وأن يجزى الظلم عن العدل وأن يقوم الباطل مقام الحق^(١)

ويرى الشيعة الزيدية أن للإمام أن يضمن البغاة ما اقتضوه من الحقوق التي إلى الإمام من واجبات أوخراج أو مظالم أو نحو ذلك^(٢).

وإذا أقام البغاة قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل وهذا ما يراه مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة، على أن مالكاً يشترط أن يكون البغاة متأولين، وما ثبت عند قاضي البغاة يثبت عند قاضي أهل العدل من حقوق ولو لم يكن قد حكم به وإذا سمع شهوداً فكتب بها كتاباً صح كتابه إذا توفرت في الشهود العدالة سواء كانوا من البغاة أم لا ولكن أبا حنيفة لا يقبل شهادة البغاة مطلقاً لنفسهم^(٣).

مسئولية من يعين البغاة : قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو المحاربين ولكل صنف حكمه .

٦٦٩ - الاستعانة بالذميين : يفرق مالك بين ما إذا كان الباغي متأولاً

أو معانداً والباغي المعاند عنده هو غير المتأول ، فإذا اهتمعان البغاة المتأولون بذميين فحكم الذميين هو حكم البغاة الذين اعانهم . يسألون جنائياً عما يسألون

(١) المحلى ج ١١ ص ١١١ ، ١١٢ (٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ - المغني ج ١٠ ص ٧٠ .

عنه ويضمنون مدنياً ما يضمنونه . وإذا استعان البغاة المعتلدون بذميين اعتبر
الذميون ناقضون لعهدهم وحلت دماؤهم واموالهم كالحريين سواء بسواء .
ويعتبر مالك هذه الحالة بأن يكون المعاند خارجاً على الإمام العدل فإن
كان الخروج على مرغبه فلا يعتبر الخارخ معانداً ولو كان غير متأول والذي
معه لا يعتبر ناقضاً^(١)

ويرى أبو حنيفة أنه لو استعان أهل البنى بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن
ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البنى ليس نقضاً للإيمان فالذين
انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين بحكم الإسلام
في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فتحكمهم حكم البغاة مسؤوليتهم جميعاً
واحدة من الناحيتين الجنائية والمدنية^(٢) .

وفي مذهب الشافعي وأحمد : رأيان أولهما : أن إعانة الذميين بالبغاة تنقض
عهدهم كما لو انفردوا بقتال المسلمين والثاني : أن عهدهم لا ينتقض لأن أهل الذمة
لا يعرفون الحق من البطل فيكون ذلك شبهة لهم ويترتب على القول بنقض العهد أن
الذميين يصبحون كأهل الحرب ويترتب على القول بعدم النقض أن يكون
حكمهم حكم أهل البنى في قتلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم
إلا أن أصحاب هذا الرأي يروى تضمين الذميين ضماناً تاماً فيسألون عن جرائمهم
حال القتال وغيره فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك
وعليهم ضمان المال المثلث ورد القائم سواء أتلف في حال الحرب واقتضت
ضرورة الحرب إتلافه أم لا . ويعللون التفرقة بين البغاة والذميين بأن البغاة
لهم تأويل سائغ والذميون لا تأويل لهم ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين
قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الذميين عن الطاعة
لأن تأمينهم مشروط بالطاعة . والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة
لذميين على معاتبتهم يمنع من نقض العهد وأن اعتقاد الذميين بأنهم ملزمون

بمعاونة البغاة يمنع أيضا من نقض العهد^(١).

٦٧٠ - الاستعانة بأهل الحرب : إذا استعان البغاة بأهل الحرب فلما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين فإن كانوا مستأمنين فأعانهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لأنهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسلمين فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم .

وإن كانوا غير مستأمنين فاستعان بهم البغاة وأمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح من ذلك شيء لأن شرط الأمان الاساسى هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ولأهل العدل أن يقاتلهم كن لم يؤمنوه سواء . وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما أهل البنى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم^(٢) .

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فمعهود أهل البنى نافذة في حق أهل العدل لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان في حقه فهو نافذ على جميع المسلمين ، فإذا استعانوا بهم فأعانهم انتقض العهد في حق أهل العهد .

ويرى في مذهب أبى حنيفة أن العادل يجوز له أن يؤمن الباغى فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البنى جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقافا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج الماظرته لثوب ولا يأتى ذلك ما لم يأمن كل الآخر ، لكن إذا أمن ذمى يقاتل مع أهل العدل باغيا فلا يجوز أمانه^(٣)

(١) المفتى ج ١٠ ص ٧٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - - المفتى ج ١٠ ص ٧١ - المذهب ج ٢ ص

٢٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

ولكن غيرهم يرى أن أمان أهل البنى بأيديهم متى تركوا القتال حرمت
 دماؤهم وكانوا إخواننا وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لسلح إعطاؤهم الأمان
 على ذلك فالأمان والإجارة هنا هدر ولنو، وإنما الأمان والإجارة للكافر
 الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستبقاؤه لافى مسلم إن ترك بفيه كان هو بمن
 يعطى الأمان ويميز ولو أن أحداً من أهل البنى أجاز كافراً حازت
 إيجارته كإيجارة غيره ولا فرق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يميز
 على المسلمين أدناهم » (١).

* * *

الكتاب السابع

الردة

٦٧١- الامصوص الواردة في الردة : قال الله تعالى ﴿ ومن یرتد عنکم ۖ فاعلم انہ یرتد عن اللہ ورسولہ ۚ فاولئک حبطت اعمالہم فی الدنیا والآخرۃ ۖ واولئک اصحاب النار ہم فیہا خالدون ﴾ . وروی عن رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم « من بدل دینہ فاقتلوه » .

٦٧٢- تعریف الردة : الردة لغة هي الرجوع ، فالراجع مرتد ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تتردوا على أدياركم فتقلبوا خاسرين ﴾ وتعرف الردة شرعاً بأنها الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلما التعبيرين بمعنى واحد^(١)

أركان الردة

٦٧٣- للردة ركناؤه : أولهما الرجوع عن الإسلام، ثانيهما : القصد الجفائي.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .

الركن الأول

الرجوع عن الإسلام

٦٧٤- الرجوع عن الإسلام : هو ترك الإسلام أى ترك التصديق به
 والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة : بالفعل أو بالامتناع عن فعل ، وبالقول وبالأعتقاد
 فالرجوع عن الإسلام بالفعل يحدث بإتيان أى فعل يحرمه الإسلام إذا
 استباح الفاعل إتيانه سواء أتاه متعمداً إتيانه أو أتاه استهزاء بالإسلام واستخفافاً أو
 عناداً ومكابرة كالسجود لصنم أو للشمس أو للقمر أو لأى كوكب ، وكإلقاء المصحف
 وكتب الحديث فى الأقدار أو وطأها واستهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو
 عناداً ، ويكون أيضاً بإتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزنى الزانى
 . وهو يمتنع أن الزنا غير محرم بصفة عامة أو غير محرم عليه ، وكاستحلال شرب
 الخمر واستحلال قتل المعصومين وسلب أموالهم فمن اعتقد حل شيء أجمع على
 تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فى حله بالنصوص الواردة فيه كلحم
 الخنزير والزنا وأشباه هذا مما لا خلاف فيه كفر ، وكذلك إن استحل قتل
 المعصومين أو أخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل ، أما إذا كانت الاستحلال
 بتأويل كما هو حال الخوارج فأكثر الفقهاء لا يرون كفر الفاعل ، وقد عرف
 عن الخوارج أنهم يكفرون كثيراً من الصحابة والتابعين ويستحلون دماءهم
 وأموالهم ويمتقدون أنهم يتقربون إلى الله جل شأنه بقتلهم ومع هذا لم يحكم
 الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك الحكم فى كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر
 فاعله مرتداً .

ومن الأمثلة على استحلال الحرم بالتأويل ما فعله قدامى بن مظلوم فقد
 شرب الخمر مستحلاً لها وكذلك فعل أبو جندل بن سهيل وجماعة معه شربوا الخمر
 فى الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه ﴿ ليس على الذين آمنوا ﴾

وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴿ فلم يكفروا بفعالهم وعرفوا تحريمها فتأبوا وأقيم عليهم حد الحمر باعتبارهم عاصين ومن استحل محرماً يجهل تحريمه فلا يعتبر مرتدّاً إذا ثبت أنه يجهل التحريم ويعرف أن الفعل محرم ، فإذا عاد له مستحلاً إياه فهو كافر لاشك في كفره ، أما إن أتاه غير مستحل له فهو عاص لا كافر^(١)

ويعتبر راجعاً عن الإسلام من امتنع عن إتيان فعل يوجبه الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحده أو استحل عدم إتيانه كأن يمتنع عن أداء الصلاة أو الزكاة أو الحج جاحداً لها منكراً إياها . وكذلك الامتناع عن كل ما أوجبه الشريعة وأجمع على وجوبه . ويعتبر الممتنع كافراً إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث عهد بالإسلام أو ناشئ بغير داره أو ببادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم ، لم يحكم بكفره ، ويعرف ذلك وتبين له أدلة وجوب ما ينكره ، فإن جحد بعد ذلك كفر ، أما إذا كان الجاحد ناشئاً في الأمصار بين أهل العلم بالشريعة فإنه يكفر بمجرد الجحد ، وكذلك الحكم في مباني الإسلام كلها ومبادئه الأولية المتفق عليها لأن أدلة وجودها لا تكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منعمٌ عليها فلا يجحدها إلا معاند للإسلام ممتنع عن التزام أحكامه ، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته^(٢) .

ومن الأمثلة الظاهرة على الكفر بالامتناع في عصرنا الحاضر الامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلاً منها ، والأصل في الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٥ ، ٦٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٨ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٣ - المغني ج ١٠ ص ٨٥ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠١ ، ١٠٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٥ - ٥٧٧ .
(٢) تراجع المراجع السابقة .

وَنُصُوصِ الْقُرْآنِ صَرِيحَةً وَقَاطِعَةً فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَاللَّهُ جَلَّ شَأْنُهُ يَقُولُ ﴿ إِنِ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ وَيَقُولُ : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مَن دُونَهُ أُولَئَاءِ ، قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ فَإِن لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ ، وَمَن أَضَلُّ مِمَّن يَتَّبِعْ هَوَاهُ بغير هُدًى مِّنَ اللَّهِ ، إِنِ اللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾ وَيَقُولُ ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِّنَ الْكِتَابِ وَمُنْهِمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ، لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمَنْهَاجًا ﴾ وَقَوْلُهُ ﴿ أَفَغِيرَ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ ﴾ وَقَوْلُهُ ﴿ وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ ، وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ .

وَلَاخِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ وَالْعُلَمَاءِ فِي أَنَّ كُلَّ تَشْرِيعٍ مَُّخَالَفٌ لِلشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بَاطِلٌ لَا تَجِبُ لَهُ الطَّاعَةُ ، وَأَنَّ كُلَّ مَا يُخَالَفُ الشَّرِيعَةَ مُحَرَّمٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ أَمَرَتْ بِهِ أَوْ أَبَاحَتْهُ السُّلْطَةُ الْحَاكِمَةُ أَيًّا كَانَتْ ، وَمَنِ الْمُتَّفِقُ عَلَيْهِ أَنَّ مَن يَسْتَحْدِثُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَحْكَامًا غَيْرَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَيَتْرَكَ بِالْحُكْمِ بِهَا كُلَّ أَوْ بَعْضَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ غَيْرِ تَأْوِيلٍ يَعْتَقِدُ صَحَّتَهُ ، فَإِنَّهُ يَصْدُقُ عَلَيْهِمْ مَا وَصَفَهُمُ بِهِ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْكُفْرِ وَالظُّلْمِ وَالْفُسْقِ كُلِّ بِحَسَبِ حَالِهِ ، فَمَنْ أَعْرَضَ عَنِ الْحُكْمِ بِحَدِّ السَّرِقَةِ أَوْ الْقَذْفِ أَوْ الزَّانَا لِأَنَّهُ يَفْضُلُ غَيْرُهُ مِنْ أَوْضَاعِ الْبَشَرِ عَلَيْهِ فَهُوَ كَافِرٌ قَطْعًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِهِ لَعَلَّةٍ أُخْرَى غَيْرَ الْجُحُودِ وَالنَّكَرَانِ فَهُوَ ظَالِمٌ إِنْ كَانَ فِي حُكْمِهِ مُضِيْعًا لِحَقٍّ أَوْ تَارِكًا لِعَدْلٍ أَوْ مُسَاوَاةٍ وَإِلَّا فَهُوَ فَاسِقٌ ، وَمَنِ الْمُتَّفِقُ عَلَيْهِ أَنَّ مَن رَدَّ شَيْئًا مِّنْ أَوَامِرِ اللَّهِ أَوْ أَمَرَ رَسُولَهُ فَهُوَ خَارِجٌ عَنِ الْإِسْلَامِ سِوَاهُ رَدِّهِ مِنْ جِهَةِ الشَّكِّ

أو من جهة ترك القبول أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعي الزكاة واعتبروهم كفاراً خارجين عن الإسلام لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان قال جل شأنه ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ ^(١) .

ويعتبر خروجاً من الإسلام صدور قول من الشخص هو كافر بطبيعته أو يقتضي الكفر كأن يحدد الربوبية فيدعي أن ليس ثمة إله أو يحدد الوجدانية فيدعي أن الله شركاء أو يقول بأن الله صاحبة أو ولداً ويدعي النبوة أو يصدق مدعيها أو ينكر الأنبياء والملائكة أو أحدهم ، أو يحدد القرآن أو شيئاً منه ، أو يحدد البعث أو أنكر الإسلام أو الشهادتين أو أعلن براءته من الإسلام أو قال إن الشريعة لم تنبئ لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات ، والحاكين والمحكومين وأن أحكامها ليست واجبة التطبيق في كل الأحوال وعلى كل المسائل أو قال إن أحكام الشريعة كلها أو بعضها ليست أحكاماً دائمة وإن بعضها أو كلها موقوت بزمن معين أو قال إن أحكام الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر وإن غيرها من أحكام القوانين الوضعية خير منها .

ويعتبر خروجاً عن الإسلام كل اعتقاد مناف للإسلام كالاعتقاد بقدم العالم وأن ليس له موجد وكاعتقاد حدوث الصانع ، والاعتقاد باتحاد المخلوق والمخلوق أو بنسخ الأرواح ، أو باعتقاد أن القرآن من عند غير الله أو أن محمداً كاذب أو أن علياً إله أو أنه هو الرسول وغير ذلك من الاعتقادات المنافية للقرآن والسنة وكذلك الاعتقاد بأن الشريعة لا تصلح للتطبيق في هذا العصر أو أن

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ - تفسير المنار ج ٦ ص ٤٠٥ - روح المعاني للآلوسي ج ٦ ص ١٤٠ - تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ - تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٠٠ - التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٠ من ٢٢٥ ، ٢٢٧

تطبيقها كان سبب تأخر المسلمين وانحطاطهم أو أنه لا يصلح المسلمين إلا التخلص من أحكام الشريعة والأخذ بأحكام القوانين الوضعية .

ويلاحظ أن الاعتقاد المجرد لا يعتبر ردة يعاقب عليها ما لم يتجسم في قول أو عمل ، فإذا لم يتجسم الاعتقاد الكفرى في قول أو عمل فلا عقاب عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عفى لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » فإذا اعتقد المسلم اعتقاداً منافياً للإسلام أيًا كان هذا الاعتقاد فهو لا يخرج عن الإسلام إلا إذا أخرجه من سريره في قول أو عمل ، فإذا لم يخرج من سريره فهو مسلم ظاهراً في أحكام الدنيا ، أما في الآخرة فأمره لله فإذا أظهر اعتقاده المنافى للإسلام في قول أو فعل وثبت ذلك عليه فقد ثبتت عليه الردة .

ويختلف الفقهاء في ماهية السحر وفي حكم الساحر ، فأما في ماهية السحر فإنهم يسمون للسحر أثره ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان حقيقة أو تخيلاً فرأى البعض أن السحر لاحقيقة له وإنما هو تخييل احتجوا بقول الله جل شأنه ﴿يَخِيلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهُ تَسْمَى﴾ ورأى البعض أن السحر له حقيقة واحتجوا بقوله تعالى ﴿وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ﴾ أى السواحر وقالوا لولا أن للسحر حقيقة لما أمر الله بالاستعاذة منه كما احتجوا بقوله تعالى ﴿وَمَا كُفِّرُ سَلِيمَانٍ وَلَكِنْ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا ، يَعْلَمُونَ النَّاسَ السَّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ﴾ إلى قوله تعالى ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ وقالوا إن من المشهور بين الناس عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد مجزئه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جرده .

ومن اللطيف عليه أن تعلم السحر وتعليمه حرام ، واعتقاد إباحته كفر ولكنهم اختلفوا في حكم الساحر ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الساحر

يكفر بتعلم السحر وبفعله سواء اعتقد تحريمه أو لم يمتدحه ويقتل بذلك دون استتابة لما روى عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » ولذلك يرى الخنفزيون قتل المرأة ولو أنهم لا يرون قتل المرأة المرتدة لأن الساحر يقتل جداً لارادة ولو أنه يكفر بسحره ، والمرتب يستتاب أما في الحد فلا استتابة إلا حيث يوجد نص . ولا نص ^(١) .

وهناك رواية عن أحمد بأن الساحر لا يكفر بتعلم السحر ولا بفعله ، وإنما هو عاصي يؤدب ويستتاب ^(٢) .

ويرى الشافعي أن الساحر لا يمتبر مرتداً إلا إذا أتى في سحره بقول أو فعل يكفره كالإشراك بالله والسجود للشمس أو الكواكب أو إذا استحل السحر فإن لم يأت بشيء من الكفر الذي لا خلاف فيه فهو مسلم عاص ^(٣) .

ولا يأخذ الشافعيون بحديث جندب ومثلهم الظاهريون لأنه حديث مرسل ويرى ابن حزم أن الحديث روى هكذا « حد الساحر ضربه بالسيف » وليس فيه قتله ، والضربة قد تقتل وقد لا تقتل ؛ وعنده أن الحديث غير صحيح ، وإذا لم يصح الحديث وجب الرجوع للنصوص العامة وهي تحرم القتل إلا بحق ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ وقول الرسول « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم » فصح بالقرآن والسنة أن كل مسلم دمه حرام إلا بنص ثابت أو إجماع متيقن وليس في السحر نص ثابت إلا ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، وأكل الربا ، والتولي يوم الزحف ، وقذف الحصنات للثؤمنات » فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة كفقت

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ . - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨

للفني ج ١٠ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٧

«النفس فارتنع الإشكال وصح أن السحر ليس كفرأ وإذا لم يكن كفرأ فلا يصح قتل فاعله إلا إذا أتى بما هو كفر لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزناً بعد إحصان ، ونفس بغير نفس»^(١).

وفي الكاهن والعراف نفس الخلاف في الساحر . والكاهن هو الذى له رؤى من الجن يأتية بالأخبار والعراف هو الذى يحبس ويتخرس ، على أن الحنفيين يرون أن العراف والكاهن إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء ، كفر ، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر ، وفي مذهب أحمد روايتان الأولى حكمها حكم الساحر لقول عمر : اقتلوا كل ساحر وكاهن ، والثانية إن تاب لم يقتل ، ويرى الحنفيون المتأخرون أنه لا يجب العدول عن مذهب الشافعى في كفر الساحر والكاهن والعراف^(٢) . ويرى الشيعة الزيدية أن الساحر مرتد وأن حده القتل بعد الاستتابة كالمترد^(٣) .

ولا تصح الردة إلا من عاقل ، فلا تصح الردة ممن لا عقل له كالجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء مباح ، وكالطفل الصغير الذى لم يميز .

٦٧٥ - ردة الجنون وإسلام من في حكمه : لا تصح ردة الجنون لأن العقل

من شرائط الأهلية خصوصاً في الاعتقادات ، ومن المتفق عليه أن الجنون إذا ارتد في حال جنونه فإنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود والأصل في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الجنون حتى يفيق » فلا تصح ردة الجنون لأنه لا قول له ، أما إذا ارتد في حال إفاقته صح رده ،

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٩٤ .

(٢) المراجع السابقة - المفتى ج ١٠ ص ١١٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ .

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ .

فإن ارتد صاحباً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استنابته والمجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستناب ، فإذا قتل قبل إفاقته أو بعدها وقبل استنابته عزرت نفويته الاستنابة الواجبة ولا فتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يسأل عن القتل ، وإذا كان المجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة ، وإنما على القاتل التعزير فقط ، لأن الردة تبيح دم صاحبها ، وكل جنابة على المرتد هدر ، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة ^(١)

والقاعدة عند الشافعي وأحمد أن المجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبين ، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار ، إذا كان المدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالتقصص . أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان المدول عن الإقرار يسقط العقوبة كما هو الحال في السرقة والزنا والشرب فيوقف التنفيذ حتى يفيق المجنون لاحتمال أنه إذا أفاق عدل عن إقراره فسقطت العقوبة المحكوم بها ^(٢) .

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفاً حتى يفيق المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً ، فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقته المجنون وباقي الرأى ، ورأى أبي حنيفة في التشريع الجنائى ^(٣) .

٦٧٦ — ردة المكره وإسلامه : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن

(١) المفتى ج ١٠ ص ٧٦ ، ١١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٩ ، ٧٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٤٠٧ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٧٥ — المحلى ج ١٠ ص ٣٤٤ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ — المفتى ج ١٠ ص ١١٠ — التشريع الجنائى الإسلامى ص ٥٩٧ ، ٥٩٨ .

(٣) التشريع الجنائى ج ١ ص ٥٩٨ .

السكران حكمه حكم المجنون فلا يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهم لا يصححون ردته ولا إسلامه استحساناً ، أما حكم القياس عندهم فتصحيح ردته وإسلامه لأن الأحكام مبنية على الإقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب إذ هو أمر باطن فلا يوقف عليه ، أما وجه الاستحسان فإن أحكام الكفر مبنية على الكفر كما أن أحكام الإيمان مبنية على الإيمان ، والإيمان والكفر يرجعان به إلى التصديق والتكذيب ، وإنما كان الإقرار دليلاً عليهما وإقرار السكران لا يصح دليلاً ، وإذا لم يصح الدليل لم يثبت المدلول عليه ^(١) .

ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ، فالظاهريون لا يعتبرون ردة السكران ولا أى فعل أتاه وهو سكران سواء أدخل السكر على نفسه أم أدخله عليه غيره ^(٢) .

وفي مذهب مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية خلاف ، والرأى الراجح في هذه المذاهب أن ردة السكران تصح إذا دخل السكر على نفسه وكان عالماً بأنه يتناول سكرأ ، أما الرأى المرجوح فلا يصحح ردته لأنه زائل العقل ولأن المسألة متعلقة بالاعتقاد ^(٣) .

ويلاحظ أن القائلين بتصحيح ردة السكران يصححون إسلامه ، وأن القائلين بعدم تصحيح الردة لا يصححون إسلام السكران .

٦٧٧ - ردة الصبي وإسلامه: من المتفق عليه أن ردة الصبي الذى لا يعقل .

غير صحيحة ولكنهم اختلفوا في ردة الصبي الذى يعقل على الوجه الآتى :

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبي الذى يعقل ، ويرى أبو يوسف أن الصبي الذى لم يبلغ لا تصح ردته وحجتهم أن الصبي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) المنق ج ١٠ ص ١٠٨ ، ١١٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - المذهب ج ٢ ص

٢٣٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ .

اللميز يصح إسلامه فتصح ردته لأن صحة الإسلام والردة مبنية على وجود الإيمان أو الكفر حقيقة ، لأن الإيمان والكفر من الأفعال الحقيقية وهما أفعال خارجة من القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح ، والإقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها هنا إلا أنه مع وجود الكفر من الصبي العاقل لا يقتل ولكن يحبس إذا لا قتل إلا على البالغ بعد استنابته فيحبس الصبي حتى يبلغ ثم يستتاب ، ويشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبي مرتدًا ، وحجته أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرأته والردة مضرّة محضة ، أما الإيمان فيصح من الصبي لأنه نفع محض ولذلك صح إسلام الصبي عند أبي يوسف ولم تصح ردته (١)

ويتفق مذهب مالك مع رأى أبي حنيفة ومحمد .

وفي مذهب أحمد رأيان : أولهما وهو المعمول به في المذهب أن ردة الصبي تصح وهذا يتفق مع رأى أبي حنيفة ومحمد ، وظاهر مذهب مالك ، والثاني أن الصبي يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهو يتفق مع رأى أبي يوسف (٢) .

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية ، لأن الصبي لا يقتل سواء قيل بصحة ردته أو بعدم صحتها إذ الفلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ ، فإذا بلغ فثبت على ردته ، ثبت حكم الردة ووجب عليه العقوبة بعد الاستتابة إن لم يتب ، فيستوى إذن في الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه ، والمسلم الأصلي الذي ارتد والكافر الذي أسلم صبيًا ثم ارتد (٣) .

أما مذهب الشافعي فلا يصحح ردة الصبي ولا إسلامه إلا بالبلوغ ومن هذا الرأي زفر من أصحاب أبي حنيفة ، وهو يتفق مع مذهب الظاهريين ومذهب الشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٢) المغني ج ١٠ ص ٩١ ، ٩٢ .

(٣) المراجع السابقة .

عن ثلاث ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »

وأصحاب هذا الرأي إذا كانوا لا يصححون إسلام الصبي فإنهم يعتبرونه مسلماً حكماً أو تبعاً ، لأن الصغير يعتبر مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ولا يأخذ حكمهما حتى البلوغ ، فلو صحح إسلامه لكان مسلماً أصلاً ، فيكون هناك تناقض بين اعتباره مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ، وبين اعتباره مسلماً أصلاً ، فضلاً عن أن الإسلام يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشتركة ، وهو ليس أهلاً لما يضر به من التصرفات^(١) .

وخلاصة ما سبق أن الفقهاء على ثلاثة آراء في ردة الصبي العاقل وإسلامه ، فبعضهم لا يصحح إسلام الصبي المميز أى الذى يعقل ولا رده ، وبعضهم يصحح إسلامه ولا يصحح رده ، وبعضهم يصحح إسلامه ورده معا ، وهذا فى الصبي المميز أى الذى يعقل ، أما الصبي الذى لا يعقل ، فلا يصح له إسلام ولا ردة اتفاقاً ، وإن كان محكوماً له بالإسلام تبعاً لأبويه ، والفقهاء الذين يصححون إسلام الصبي الذى يعقل يشترطون لصحة إسلامه شرطين :

أولهما : أن يعقل الإسلام ومعناه ، وأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وهذا الشرط لا خلاف عليه لأن الطفل الذى لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام . ثانيهما : أن يكون عمره عشر سنوات ، وهو شرط غير متفق عليه وأكثر من يصححون إسلام الصبي لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين ، وحجة من يشترطون عشر سنوات أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب الصبيان على الصلاة لشر وهذا هو مذهب الحنابلة ، على أن هناك رواية عن أحمد بتصحیح إسلام الصبي إذا بلغ سبع سنوات لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال

(١) أسنى ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٩٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ - الفتى ج ١٠ ص ٨٨ - المحلى ج ١٠ ص ٢١٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ .

«مردوم بالصلاة اسيع» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم ،
وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبي إذا بلغ خمس سنوات وحجته أن
عليها أسلم في هذه السن ^(١) .

ويعتبر ولد المرتد مسلماً إذا حمل به في الإسلام سواء كان المرتد الأب أو
الأم أو هما معاً ، فإن بلغ أولاد المرتد فثبتوا على إسلامهم فهم مسلمون وإن بلغوا
كافرين فهم مرتدون ، لم حكم المرتدين ، أما من حمل به بعد الردة فهو محكوم
بكفره لأنه من أبوين كافرين ؛ سواء حمل به في دار الإسلام أو في دار
الحرب ^(٢) .

والقاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والظاهرين والشيعة الزيدية أنه
إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين كان أولاده الصغار مسلمين تبعاً له ، يستوى
في ذلك أن يكون المسلم الأب أو الأم ، ولكن ما لكأ يرى أن الصغار
يتبعون في الإسلام الأب فقط ، فإذا أسلم الأب تبعه أولاده ، وإن أسلمت الأم
لم يتبعوها لأن الولد يتبع أباه ولا يتبع أمه ^(٣) .

٦٧٨ — ردة المكروه وإسلامه : ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة
الكفر أو بعمل مكفر لم يصير كافراً وهذا متفق عليه في المذاهب الأربعة ، وعليه مذهب
الشيعة الزيدية ومذهب الظاهريين ، وشهادة ذلك قوله تعالى ﴿ لا من أكره وقلبه
مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ﴾
ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم «عنى لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكروها

(١) المفتي ج ١٠ ص ٨٩ ، ٩٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٩ — أسنى المطالب ج ٤
ص ١٢٣ — المفتي ج ١٠ ص ٩٣ — كشف القناع ج ٤ ص ١٠٩ — شرح الأزهاري ج ٤ ص
٥٨٠ ، ٥٨١ .

(٣) المفتي ج ١٠ ص ٩٦ — شرح الزرقاني ص ٦٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٤ —
المحلى ج ٨ ص ٣٢٢ — والمراجع السابقة .

عليه . والإكراه على الإسلام مما لا يجوز إكراهه كالذبح والمستأمن ، لا يجعل المكروه مسلماً حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يحز قتله ، ولا إكراهه على الإسلام ^(١) .

الركن الثاني

القصد الجنائي

٦٧٩ - ويشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجاني إتيان الفعل أو القول الكفري وهو يعلم بأنه فعل أو قول كفري ، فمن أتى فعلاً يؤدي للكفر وهو لا يعلم معناه ، ومن قال كلمة الكفر وهو لا يعلم معناها ، فلا يكفر ، ومن حكى كفراً سمعه وهو لا يعتقد أنه يكفر . وكذلك من جرى على لسانه الكفر سبقاً من غير قصد لشدة فرح أو وهن أو غير ذلك ، كقول من أراد أن يقول - اللهم أنت ربي وأنا عبدك - فقال : أنت عبدى وأنا ربك .

ويشترط الشافعي أن يقصد الجاني أن يكفر ، فلا يكفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفري ، بل يجب أن ينوى الكفر مع قصد الفعل ، وحجته حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات » - فإذا لم ينو الكفر فلا يكفر ^(٢) وعلى هذا الرأي مذهب الظاهريين لأنهم يشترطون النية ^(٣) في كل الأعمال وحجتهم حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢١ - المغني ج ١٠ ص ١٠٤ - المحلى ج ٨ ص ٣٢٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٤ . (٣) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٠ ، ٢٠٥ .

وعند مالك وأبي حنيفة والشافعي يكفي لاعتبار الشخص مرتداً أن يعتمد إتيان الفعل والقول الكفرى ، ولو لم ينو الكفر مادام قد جاء بالفعل أو القول بقصد الاستخفاف أو التحقير أو العناد أو الاستهزاء^(١) ، وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٢) .

ويرى أبو حنيفة وأحمد أن فعل المازل وقوله كفر ، فن تكلم بلفظ كفرى أو أتى بفعل كفرى وهو مختار ، يعتبر كافراً ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول مادام أنه عارف لمعناه ، لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة ، إلا أنه زائل حكماً ، لأن الشارع جعل بعض المعاصى أمانة على عدم وجوده ، كما لو سجد لصنم فإنه يكفر وإن كان مصداقاً لأن ذلك فى حكم التكذيب^(٣)

عقوبات الردة

٦٨٠ - للردة عقوبات تختلف باختلاف ظروف الجريمة . منها ما هو عقوبة أصلية ، ومنها ما هو عقوبة بدلية ، ومنها ما هو عقوبة تبعية .

أولاً : العقوبة الأصلية

٦٨١ - عقوبة الردة الأصلية هى القتل حداً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

والقتل عقوبة عامة لكل مرتد سواء كان رجلاً أو امرأة ، شاباً أو شيخاً ولكن أبا حنيفة يرى أن لا تقتل المرأة بالردة لأنها تنجبر على الإسلام ، وإجبارها

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٧٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .

١٠١ - حاشية ابن عابدين ص ٣٩٢ .

(٢) شرح الأزهري ج ٤ ص ٥٧٥ ، ٥٧٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٢ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ - شرح فتح القدير

على الإسلام يكون أن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام،
فإن أسلمت . وإلا حبست وهكذا إلى أن تسلم أو تموت^(١)

والمذاهب الأخرى على خلاف مذهب أبي حنيفة لا تفرق بين الرجل
والمرأة ، وتعاقب المرتدة بالقتل كما تعاقب المرتد^(٢) .

وحجة أبي حنيفة أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة الكافرة
فإذا كانت المرأة لا تقتل بالكفر الأصلي ، فأولى أن لا تقتل بالكفر الطارئ .
وحجة بقية الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من بدل دينه
فأقتلوه » وقال « لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس
النفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

ونهى الرسول عن قتل المرأة مقصود به الكافرة الأصلية ، ولا يصح أن
يقاس على الكفر الأصلي الكفر الطارئ ، لأن الرجال والنساء يقرون على
الكفر الأصلي ولا يقرون على الكفر الطارئ^(٣) .

ويرى أبو حنيفة أيضاً أن لا يقتل الصبي المميز بالردة في أربع حالات :
الأولى : إذا كان إسلامه تبعاً لأبويه وبلغ مرتدّاً ، ففي القياس يقتل وفي
الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه
وإن بلغ مرتدّاً . الثانية : إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدّاً ، ففي القياس يقتل وفي
الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه . الثالثة :
إذا ارتد في صغره . الرابعة : اللقيط في دار الإسلام فإنه محكوم بإسلامه تبعاً
لدار كما لو كان مولوداً بين مسلمين .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ - المفاتيح ج ١٠ ص

٧٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٧ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٧٤ ، ٥٧٨ .

والصبي المميز إذا لم يقتل في هذه الحالات الأربع فإنه يجبر على الإسلام كما تجبر المرأة على الإسلام بالحبس وبالتعزير^(١).

والقاعدة عند مالك أن الصبي المميز يقتل بالردة إذا بلغ مرتداً ولكنه يستثنى من ذلك : ١ - الصبي المراهق حين إسلام أبيه ، ٢ - الصبي الذي ترك لأمه الكافرة سواء ترك مميزاً أو غير مميز إذا غفل عنه حتى أُرهِق أى قارب البلوغ كابن ثلاث عشرة سنة . فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير^(٢).

أما بقية المذاهب فترى قتل الصبي المرتد إذا بلغ مرتداً شأنه في ذلك شأن الرجل والمرأة^(٣).

٦٨٢ - استنبأه : والقاعدة الأصلية أن المرتد لا يقتل إلا بعد أن يستتاب ، فإن لم يتب يقتل ، ويرى بعض الفقهاء أن الاستتابة واجبة ، وهو مذهب مالك والشيعة الزيدية وهو الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد ، وهناك رأى في مذهب الشيعة الزيدية أن الاستتابة مستحبة وهو رأى مرجوح^(٤) ويرى أبو حنيفة أن الاستتابة مستحبة لا واجبة ، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فانتفى بذلك الوجوب ، وإنما يعرض عليه الإسلام استجباباً فلعلمه يسلم وهذا القول رأى للشافعي وأحمد . ويرى الظاهريون أن الاستتابة ليست واجبة ولا ممنوعة^(٥).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٦ ، ٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٤

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٠ - المغني ج ١٠ ص ٩٢ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وج

١١ ص ٢٢٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨٠ ، ٥٨١

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨ - المهذب ج ٢ ص

٢٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٧٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٩ - المحلى ج ١١ ص ١٩٧ .

٦٨٣ — مرة لاستتابة : مذهب مالك على أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام بلياليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد ، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أى التبليغ .

ولا يحسب اليوم إن سبقه الفجر ولا تافق الأيام الثلاثة ، والمقصود بذلك الاحتياط لعظم الدماء ، ولا يجوز أن يمنع عنه الماء أو الطعام ولا يعذب ، فإن تاب لم يقتل وإلا قتل بعد غروب شمس اليوم الثالث ^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن المدة متروكة لتقدير الإمام ، فإن طمع في توبة المرتد أو سألته هو التأجيل ، أجله ثلاثة أيام ، وإن لم يطمع في توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته ^(٢) .

وفى مذهب الشافعى رأيان : أحدهما : أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة قروية يمكن فيها الارتياح والنظر ، والرأى الثانى : أن يقتل فى الحال إذا استتيب فلم يقب ، وهو الرأى الراجح فى المذهب ^(٣) .

ومذهب أحمد على أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها ^(٤) . ولا يحدد الظاهريون مدة الاستتابة ، ويرون قتل المرتد فى الحال إذا لم يقب ^(٥) . ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستتابة بثلاثة أيام ^(٦) .

والأصل فى ذلك كله ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال : هل عندكم من مضربه خبر ؟ قال : نعم ، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه فقال عمر رضى الله عنه ماذا فعلتم به ؟ قال : قربناه فصرنا حقه : فقال عمر رضى الله عنه هلا طفيتم عليه بيتاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

(٤) الفى ج ١٠ ص ٧٨ — كشف القناع ج ٤ ص ١٠٤

(٥) المحلى ج ١٢ ص ١٩٢

(٦) الروض النضير ج ٤ ص ٣٢٤ — ترويح الأزمهر ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠

واستبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى ، اللهم إني لم أحضر ، ولم آمر ، ولم أرض ، إذ باغى ، لذلك روى عن علي رضي الله عنه أنه قال يستتاب المرتد ثلاثاً ، وبهذا يتمسك من قال بوجوب الاستتابة أو استحبابها وبمدة الأيام الثلاثة .

٦٨٤ - كيفية التوبة : تكون التوبة بالنطق بالشهادتين ، وإقرار المرتد بما أنكره ، وبرأته من كل دين يخالف دين الإسلام ، فمن ادعى وجود إلهين أو أنكر رسالة محمد ، يكفي أن يأتي بالشهادتين ، وإن كان الكفر بإنكار شيء آخر كمن خصص رسالة محمد بالعرب أو جحد فرضاً أو تحريماً فيلزمه مع الشهادتين الإقرار بما أنكر ، وهكذا تختلف حقيقة التوبة بحسب الفعل أو القول الكفر .

٦٨٥ - من لا يستتاب : وإذا كانت القاعدة هي استتابة المرتد بفض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن مالكا يمنع من استتابة ثلاثة :
١ - الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفرًا فإنه لا يستتاب ويقتل ،
وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يجيء بنفسه مبلغاً عن سحره وتائباً منه ، فذاك أن حكم الساحر في المذهب كحكم الزنديق^(١) .

٢ - الزنديق وهو من يظهر الإسلام ويسر الكفر ، فإذا ثبت عليه الكفر لم يستتب ويقتل ولو أظهر توبته ، لأن إظهار التوبة لا يخرج عما بيده من عادته ومذهبه ، فإن التقية عند الخوف عين الزندقة ، أما إذا جاء بنفسه مقرأ بزندقته ومعلنًا توبته دون أن يظهر عليه فتقبل توبته^(٢) :

٣ - من سب نبياً أو ملكاً أو عرض به أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه وما أشبه ، فإنه يقتل ولا يستتاب ، ولا تقبل منه التوبة لو أعلنها ولو جاء تائباً قبل أن يطلع عليه ، لأن القتل في هذه الحالة حد خاص وإن كان يدخل تحت الردة^(٣) .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٠ ، ٧١

فالمرتد يقتل حداً لا كفرأ على مشهور قول مالك ، ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استغاثته ، على أن هناك من يرى فعله ردة ، وفي هذه الحالة يستتاب فإن تاب نكح كل أى عزز^(١).

أما المعتاد على الرد فسيستتاب ولو تكررت ردة ما دامت ردة ليست من الأنواع الثلاثة السابقة^(٢).

ومذهب الشافعى يختلف عن مذهب مالك تمام الاختلاف ، فالشافعيون يرون الاستتابة ويقبلون التوبة من الساحر والزنديق ، ولو كان زنديقا لا يقناهى خبثه فى عقيدته لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ واقول الرسول صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » أى النطق بالشهادتين^(٣).

على أن هناك رأياً مرجوحاً فى المذهب بعدم قبول توبة الزنديق^(٤). وتقبل توبة من سب النبى عليه الصلاة والسلام أو سب نبيا غيره، ويستتاب وهو الرأى الراجح فى المذهب ، وهناك رأيان آخران : أحدهما : أنه يقتل حداً إذا سب النبى أو قذفه ، لأن القتل حد قذف النبى أو سبه ، وحد القذف لا يسقط بالتوبة ، والثانى : أنه يعاقب على القذف بالجلد ثمانين جلدة ويعزر على السب^(٥). وفى مذهب أحمد : ١ - لا تقبل توبة الزنديق ، لأن الله تعالى يقول ﴿ إلا الذين تابوا وأصلحوا ، وبينوا ﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يقين به رجوعه وتوبته ، لأن الزنديق لا يظهر منه بالتوبة خلاف ما كانت عليه ؛ فإنه كان بنى الكفر عن نفسه قبل ذلك ، وقلبه لا يطلع عليه فلا يكون لما قاله حكم ، لأن الظاهر من حاله أنه يستدفع القتل بإظهار التوبة ٢ - كذلك لا تقبل توبة من تكررت ردة لقوله

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

تعالى ﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا، ثم آمنوا ثم كفروا، ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا يهديهم سبيلاً﴾ وقوله ﴿إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم﴾ كذلك فإن تكرار الردة دليل على فساد العقيدة وقلة المبالاة بالدين ٣ - ولاتقبل توبة من سب الله ورسوله أو تنقيصه لأن ذلك دليل على فساد العقيدة واستخفافه بالله تعالى ورسوله وأقوله جل شأنه :

﴿ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤون، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم﴾ ٤ - ولا تقبل توبة الساحر الذي يكفر بسحره لوجهين - أولهما: لما روى عن جندب بن عبد الله أن رسول الله قال « حد الساحر ضربه بالسيف » فسماء حداً ، والحد لا يسقط بالتوبة - وثانيهما : أنه إذا لم يكن حد فلا طريق إلى معرفة إخلاصه في توبته لأنه يضر السحر ولا يمحى به فيكون إظهار الإسلام خوفاً من القتل ^(١) .

وهناك رواية أخرى عن أحمد يرى الأخذ بها بعض فقهاء المذهب وهي قبول توبة المرتد وابتدائه مهما كان كفره أى سواء كان زنديقاً أو ساحراً أو معتاد الردة . . . الخ وهذا الرأي يتفق مع مذهب الشافعي ^(٢) .

ومذهب أبي حنيفة على عدم قبول توبة كل من : ١ - الساحر لما روى عن الرسول من أن حد الساحر ضربه بالسيف ، ولكن الكثير من فقهاء الحنفية يفضلون مذهب الشافعي في هذه المسألة ، ويلاحظ أن القائلين بقتل الساحر ، يرون قتل الساحرة ، لأن القتل حد لا يستتاب فيه . . . ٢ - الزنديق والرأي في توبته هو ما يروونه في مذهب مالك على أن هناك رأياً آخر يقول بقبول توبته ^(٣) . ٣ - سب الرسل والملائكة والاستهزاء بهم وفي المذهب رأيان : أحدهما : يرى القتل حداً فلا تقبل التوبة ^(٤) .

(١) كشف القناع ج ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦

(٢) المغني ج ١٠ ص ٧٨ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٨

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٠ وما بعدهما .

والثاني : يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته^(١)

٤ — من تكررت ردة فلا تقبل توبته^(٢)

ومذهب الظاهرين كذهب الشافعي^(٣)

وكذلك مذهب الشيعة الزيدية فإنهم يستتيبون كل مرتد ويقولون منه التوبة
أيما كان وجه الكفر ، أى سواء كان السحر أو الزندقة أو غير ذلك^(٤)

٦٨٦ — ما يترتب على التوبة : يترتب على حدوث التوبة من تقبل توبته
أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيموت معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتل شخص
ما أقيد به لأنه قتل نفساً معصومة أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من
وقت الردة فإذا قتل شخص مالم يعتبر قاتلاً وإنما يعزر فقط لافتيائه على السلطات
العامّة لا لأنه قاتل إذ أنه قتل شخصاً مهدر الدم مباح القتل بل يعتبر قتله فرضاً
على كل مسلم ، ويستوى أن يكون القتل حاصلًا قبل الاستتابة أو بعدها مادام
قد حدث قبل التوبة فعلا من تقبل توبته لأنه يقتل في الحالين على ردة وكل جنابة
على المرتد هدر لأن الردة تسقط عصمة المرتد . وإذا كان أبو حنيفة لا يرى قتل
المرأة ولا الصبيان الذين بلغوا مرتدين ، وإذا كان مالك لا يرى قتل بعض الصبيان
فإنهما معا يريان أن من قتل امرأة مرتدة أو صبياً مرتداً قبل التوبة فإن القاتل
لا يعتبر مسئولاً عن جريمة القتل لأنه قتل شخصاً مهدر الدم وإنما يسأل باعتباره
مقاتلاً على السلطات العامّة^(٥)

ثانياً : العقوبة البدلية

٦٨٧ — العقوبة البدلية للردة تكون في هاتين :

الأولى : إذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها الفاضى عقوبة تعزيرية

(١) نفس المراجع ٤٠١ ، ٤٠٢ (٢) حاشية ابن عابدين ص ٤١٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ . (٤) شرح الأزمهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٨ — أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٢ — كشف

القناع ج ٤ ص ١٠٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٤

مناسبة لحال الجاني كالجلد أو الحبس أو الفرامة أو التوبيخ ويصح أن يكون الحبس محدد المدة وأن لا يكون محدد المدة فيحبس المرتد إلى غير أمد حتى يظهر صلاحه .

ويميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت رده (وهذا عند من يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجاني من العقاب من أول ردة إلا إذا كان ساباً لرسول الله أو ساحراً^(١)

الثانية : إذا سقطت العقوبة الأصلية لشبهة كما أسقطها أبو حنيفة عن المرأة والصبي وكما أسقطها مالك عن بعض الصبيان ففي هذه الحالة تحبس المرأة والصبي إلى غير أمد ويحجر كلاهما على الإسلام ويجوز أن يصحب الحبس عقوبة أخرى ويستمر الحبس حتى يسلم المرتد .

ثالثاً : العقوبة التبعية

٦٨٨ - العقوبة التبعية التي نصيب المرتد على نوعين :

أولهما : مصادرة مال المرتد وثانيهما : نقص أهلية المرتد للتصرف .

٦٨٩ - ١ - مصادرة مال المرتد : يرى مالك والشافعي وأحمد أن مال

المرتد إذا مات أو قتل يكون مشيعاً ولا يرثه أحد لا من المسلمين ولا من غيرهم ويستثنى مالك من هذه القاعدة مال الزنديق والمنافق فيرى أن ميراثه لورثته المسلمين لأن المنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ورثهم أبناؤهم المسلمون لما ماتوا^(٢) والراى الراجح في المذاهب الثلاثة أن الردة لا تزيل الملك عن المرتد ولا تمنعه عن تملك أموال أخرى بعد الردة بأسباب التملك المشروعة وإنما توقف الردة ملك المرتد من وقت رده فإن أسلم ثبت له ملكه وإن مات مرتداً أو قتل برده كان ماله فيثماً .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - المغني ج ١٠ ص ١١٣ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٦

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٤ - المغني ج ١٠ ص ٨١

أما في مذهب أبي حنيفة فالمال المكتسب في حال الإسلام يرثه الورثة للمسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى بالحق أو المال المكتسب حال الردة فيراه أبو حنيفة فيثا ، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثاً - ولا خلاف في المذهب أن مال المرتد الموجود في دار الحرب سواء اكتسبه قبل الردة أو بعدها فهو فيء إذا ظهر عليه ^(١) .

والفرق بين مذهب أبي حنيفة والمذاهب الأخرى يرجع إلى الخلاف على تفسير ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لا تجعل مال المرتد لورثته لأنه كافر ومسلمون ، وأبو حنيفة وأصحابه يتأولون فيقولون إن مال المرتد مال مسلم لأن الردة كالموت في إزالة سبب الملك ، فإذا ارتد شخص فإن الردة تعتبر بالنسبة لماله موتاً فهو مسلم قد مات فيرثه ورثته المسلمون .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة ورأى أبي يوسف ومحمد ^(٢) ويرى الظاهريون أن مال المرتد لورثته الكفار إن كان له ورثة فلا هو فيء ولا هو ميراث لورثته المسلمين ^(٣)

ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب في حكم موته إذا قضى القاضي بخلقه لأن اللاحق بدار الحرب يملأ الموت في حق زوال ملكه عن أمواله الموقوفة في دار الإسلام ، لأن زوال الملك عن المال يفتق الكسبة مالا فاضلا عن حاجته لانتهاه حاجته بالموت ويخرج عن الانتفاع به ، وقد وجد هذا المعنى في اللاحق ، لأن المال الذي في دار الإسلام يخرج مع أن يكون منتفعا به في حقه لمجزئه عن الانتفاع به ، فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته ، لمجزئه عن قضاء حاجته به ، فكان اللاحق بمنزلة الموت في زواله مزيل للملك ^(٤) .

(٢) شرح الأزهاري ص ٥٧٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٨٤

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٩٧ ، ١٩٨

وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(١) ، أما المذاهب الأخرى فلا تعتبر
للحقاق بدار الحرب في حكم الموت .

٦٨٩ - ٢ - **نقص أهمية المرتد للتصرف** - : لانتؤثر الردة على أهلية
المرتد للملك ، فيجوز أن يملك بالهبة وباستنجار نفسه ، وبالصيد ، وبالشراء
مثلا ، ولكنه لا يملك بالميراث مادام في دار الإسلام لاختلاف الدين لأنه
لا يقر على رده ، ولكن الردة تؤثر على أهلية المرتد للتصرف في ماله ، سواء
كان المال مكتسباً قبل الردة أو بعدها فتصرفاته لا تكون نافذة ، وإنما توقف
تصرفاته ، فإن أسلم نفذت - وإن مات على رده كانت تصرفاته باطلة لأنها
تمس أموالاً تعلق بها حق الغير وهذا هو الرأي الراجح في مذهب مالك
والشافعي وأحمد ، إلا أن مذهب الشافعي يبطل التصرفات التي لا تحتل الإيقاف
كالبيع فإنه من العقود الثابتة ما لم يكن معلقاً على شرط وكذلك الهبة والرهن
وما أشبهه - على أن في هذه المذاهب الثلاثة رأى مرجوح يرى أصحابه بطلان
تصرفات المرتد بطلاناً مطلقاً ، وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تزيل
الملك ولا توقفه ، فإذا زالت الردة الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلاً
لصدوره من غير مالك^(٢)

وفي مذهب أبي حنيفة خلاف فيرى أبو حنيفة أن تصرفات المرتد موقوفة
فإن أسلم جازت هذه التصرفات ، وإن مات على رده أو قتل أو لحق بدار
الحرب بطلت كل تصرفاته ، وأساس نظريته أن الردة توقف ملك المرتد .
أما عند أبي يوسف وعبد ، فملك المرتد لا يزول بالردة ولا يوقف وإنما يزول الملك
بالموت أو القتل أو للحاق بدار الحرب ، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندها
جائزة كما تجوز من المسلم ، ولكنها تختلف في مدى جواز هذه التصرفات ، فرأى

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٦ .

٦٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ - المنقح ج ١٠ ص ٨٣ .

مكتف ج ٤ ص ١٠٨

محمد أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات المريض مرض الموت ، لأن المرتد على شرف التلف لأنه يقتل فأشبهه المريض مرض الموت ، ويرى أبو يوسف أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات الصحيح لأن اختيار الإسلام بيده فيمكنه الرجوع إلى الإسلام فيتخلص من القتل ، والمريض لا يمكنه دفع المرض فأنى يتشابهان ؟ ^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية كراى أبى حنيفة إلا أنهم يعملون التصرفات في القرب لغواً كالوقف والصدقة والنذر إلا المعتقد فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهي موقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت ^(٢) .

• • •

الباب الأول في الجنايات

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤	١	معنى الجناية
٥	٢	أقسام الجناية

الفصل الأول

في القتل

٦	٤	تعريف القتل
٧	٥	أقسام القتل
١٠	المبحث الأول	في القتل العمد
		أركان جريمة القتل العمد
١٢	الركن الأول	القتيل آدمى حي
١٨	٢٢	المرتد
٢٠	٢٣	ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل
٢١	٢٤	ارتكاب جريمة القتل المعاقب عليها بالقصاص
٢١	٢٥	البغي
٢٣	٢٧	وقت العصمة
		الفعل نتيجة لفعل الجاني
٢٥	٢٨	فعل عميت من الجاني
٢٥	٢٩	نوع الفعل
٢٦	٣٠	أداة الفعل ووسيلته
٢٦	٣١	رأى مالك

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٧	٣٢ رأى الشافعى وأحمد
٢٨	٣٣ رأى أبى حنيفة
٣٠	٣٤ أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة
٣٢	٣٦ كيف يثبت قصد القتل
٣٣	٣٧ أساس الخلاف بين الشافعى وأحمد وبين أبى حنيفة
٣٤	٣٩ خلاف أبى يوسف ومحمد لأبى حنيفة
٣٤	٤٠ بين الشريعة والقانون
٣٦	٤٣ الأفعال المتصلة بالقتل
٣٦	٤٤ المباشرة
٣٦	٤٥ السبب
٣٧	٤٦ الشرط
٣٧	٤٧ المسؤولية عن المباشر والمتسبب والشرط
٣٧	٤٨ قدرة المجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب
٣٩	٥٠ رأى لأبى حنيفة
٣٩	٥١ تعدد المباشرة والتسبب
٣٩	٥٢ اجتماع مباشرتين فأكثر
٣٩	٥٣ التماثل
٤١	٥٤ القتل المباشر على الاجتماع
٤٣	٥٥ القتل المباشر على التعاقب
٤٦	٥٦ اجتماع سببين فأكثر
٤٦	٥٧ اجتماع مباشرة وسبب
٤٧	٥٨ تسبب الجانى فى فعل قاتل مباشر من المجنى عليه
٤٨	٥٩ القتل بفعل غير مادی

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٤٩	٦٠ تعدد الأسباب
٥١	٦١ اقطاع فعل الجاني
٥١	٦٢ نظرية سبية في الشريعة
	مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٥٣	٦٣ النظرية الفرنسية
٥٣	٦٤ نقد النظرية الفرنسية
٥٤	٦٥ النظرية الألمانية
٥٤	٦٦ النظرية الانجليزية
٥٤	٦٧ عيب النظرية الألمانية والانجليزية
٥٧	٧٠ القتل بالترك
٥٨	٧٢ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٦٠	٧٣ عصمة القاتل
٦٤	٧٦ تطبيقات على الأفعال القاتلة
٦٤	٧٧ القتل بالمحدد
٦٥	٧٨ القتل بمنقل
٦٧	٧٩ الإلقاء في مهلكة
٦٩	٨٠ التعريق والتعريق
٧١	٨٠ الخنق
٧٢	٨٢ الحبس ومنع الطعام والشراب
٧٣	٨٣ القتل بسبب شرعى
٧٤	٨٤ القتل بوسيلة ممنوعة
٧٥	٨٥ التسمم
٧٨	الركن الثالث : أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٨٣	٩١ رضاء المجنى عليه بالقتل
٨٥	٩٢ الرضاء بالجرح
٨٦	٩٣ أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل
٨٦	٩٤ مقارنة بين الشريعة والقانون
٨٧	٩٥ القصد المحدود وغير المحدود
٨٨	٩٦ الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية
٨٩	٩٧ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٨٩	٩٨ القصد الاحتمالى
٩١	٩٩ مقارنة
٩٢	١٠٠ إثبات القصد الجنائى
٩٢	المبحث الثانى : فى القتل شبه العمد
٩٣	١٠٢ تعريف
٩٤	١٠٣ مقارنة
٩٥	١٠٤ أركان القتل شبه العمد
١٠٠	١٠٥ الركن الأول : فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه
١٠١	١١٤ الركن الثانى : أن يتعمد الجانى الفعل
١٠١	١١٥ القصد الاحتمالى
١٠١	١١٦ القصد المحدود وغير المحدود
١٠١	١١٧ الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية
١٠٢	١١٨ رضاء المجنى عليه
١٠٢	١١٩ الركن الثالث : أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية
١٠٣	١٢٢ المبحث الثالث : فى القتل الخطأ
١٠٤	١٢٣ أنواعه

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٠٥	١٢٦
١٠٥	١٢٧
١٠٥	١٢٨
١٠٨	١٢٩
١١٠	١٣٧
١١١	١٤٩
١١٣	١٤٨
١١٤	١٤٩
١١٥	١٥٣
١١٥	١٥٤
١١٩	١٥٥
١٢٥	١٥٦
١٢٦	
١٢٨	
١٢٩	
١٣٦	
١٣٣	
١٣٥	١٥٧
١٣٦	١٥٨
١٣٦	١٥٩
١٣٧	١٦٠
١٣٨	١٦١
١٤٠	١٦٢

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٤٠	١٦٣ مستحق القصاص
١٤١	١٦٤ طبيعة ملكية الورثة لحق القصاص
١٤٢	١٦٦ من يلي الاستيفاء
١٤٥	١٦٨ تعدد مستحق الاستيفاء
١٤٨	١٧١ تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني
١٤٩	١٧٣ الأمن من التعدي إلى غير القاتل
١٥٠	١٧٤ كيفية الاستيفاء
١٥٣	١٧٥ حكم الفعلين
١٥٣	١٧٦ حضور المستحقين الاستيفاء
١٥٤	١٧٧ تفقد آلة القتل
١٥٤	١٧٨ جواز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف
١٥٥	١٧٩ استئثار السلطان باستيفاء القصاص
١٥٥	١٨٠ سقوط القصاص
١٥٥	١٨٧ فوات محل القصاص
١٥٧	١٨٢ العفو
١٦٧	١٩٠ الصلح
١٦٩	١٩٦ إرث حق القصاص
١٧٢	١٩٧ الكفارة
١٧٥	٢٠٣ العقوبات البدنية للقتل العمد
١٧٦	٢١٤ أولاً - الدية
١٨٣	٢١٦ ثانياً - التعزير
١٨٤	٢١٧ ثالثاً - الصيام

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٨٥	٢٢١ العقوبات التبعية للقتل العمد
١٨٥	٢٢٢ أولاً - الحرمان من الميراث
١٨٧	٢٢٧ ثانياً - الحرمان من الوصية
١٨٩	٢٣٠ عقوبات القتل شبه العمد
	العقوبات الأصلية
١٨٩	٢٣٢ أولاً - الدية
١٩٥	٢٤٢ العاقلة
٢٠٠	٢٤٤ ثانياً - الكفارة
٢٠٠	٢٤٥ العقوبات البدلية
٢٠٠	٢٤٦ العقوبات التبعية
	٢٤٧ عقوبات القتل الخطأ
٢٠١	العقوبات الأصلية
٢٠١	٢٤٨ أولاً - الدية
	٢٥٦ ثانياً - الكفارة
٢٠٣	٢٥٧ العقوبات البدلية (الصيام)
٢٠٤	٢٥٨ العقوبات التبعية (الحرمان من الميراث والوصية)

الفصل الأول

الجناية على مادون النفس

٢٠٤	٢٦٠ الجنايات على مادون النفس إما عمداً أو خطأ
٢٠٥	٢٦٢ القسم الأول : إبانة الأطراف ومايجرى مجراها
٢٠٥	٢٦٣ القسم الثاني : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها
٢٠٦	٢٦٤ القسم الثالث : الشجاج

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٠٦	الشجاج عند أبي حنيفة ٢٦٥
٢٠٧	الشجاج عند مالك ٢٦٦
٢٠٧	الشجاج عند الشافعي وأحمد ٢٦٧
٢٠٧	القسم الرابع : الجراح ٢٦٨
٢٠٧	القسم الخامس : ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة ٢٦٩

الجنائية على مادون النفس عمداً

٢٠٨	الركن الأول : فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته
٢١٠	الركن الثاني : أن يكون الفعل متعمداً

الجنائية على مادون النفس خطأ

٢١١	٢٨٢	فرق هام
٢١١		عقوبة الجنائية على مادون النفس
٢١١		أولاً - عقوبة الجنائية على مادون النفس عمداً
٢١٢	٢٨٣	القصاص

أسباب امتناع القصاص العامة

٢١٣	٢٨٤	أولاً - إذا كان القتيل جزءاً من القاتل
٢١٣	٢٨٥	ثانياً - انعدام التكافؤ
٢١٧	٢٨٦	ثالثاً - أن يكون الفعل شبه عمد
٢١٨	٢٨٧	رابعاً - أن يكون الفعل تسبياً
٢١٨	٢٨٨	خامساً - أن تكون الجنائية وقعت في دار الحرب
٢١٨	٢٨٩	سادساً - عدم إمكان الاستيفاء
٢١٩	٢٩٠	أسباب امتناع القصاص الخاصة بمادون النفس
٢١٩	٢٩١	أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف

رقم الفقرة

رقم الصفحة

٢٢١	ثانياً - عدم المائلة في الموضع	٢٩٢
٢٢١	ثالثاً - المساواة في الصحة	٢٩٣
	كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة	
	أولاً - في أمانة الأطراف وما يجري مجراها	
٢٢٣	الجفن	٢٩٤
٢٢٤	الأنف	٢٩٥
٢٢٦	الأذن	٢٩٦
٢٢٧	الشفتان	٢٩٧
٢٢٧	اللسان	٢٩٨
٢٢٨	السن بالسن	٢٩٩
٢٢٨	اليـد	٣٠٠
٢٢٨	الإليطان	٣٠١
٢٣١	ويؤخذ الذكر بالذكر	٣٠٢
٢٣٢	وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين	٣٠٣
٢٣٢	الشفرة	٣٠٤
٢٣٢	ثانياً - في إذهاب معاني الأطراف	
٢٣٤	ثالثاً - القصاص في الشجاج	
٢٣٥	القصاص في الجراح	
٢٣٦	القصاص في القسم الخامس	
	استيفاء القصاص	
٢٣٧	مستحق القصاص	٣٠٩
٢٣٨	هل يجبس الجاني إذا أضر القصاص	٣١٠
٢٣٨	مدى سلطة الولي والوصي	٣١١

رقم الصفحة

رقم الفقرة

٢٣٩	هل يصح قصاص الصغير والمجنون	٣١٢
٢٣٩	من يلى الاستيفاء	٣١٣
٢٤٠	كيفية الاستيفاء فى الشجاج والجراح	
٢٤٢	كيفية القصاص فى الجراح	
٢٤٢	كيفية القصاص فى الأطراف	
٢٤٢	كيفية الاستيفاء	٣١٤
٢٤٤	الاستيفاء عند تعدد المستحقين	٣١٥
٢٤٦	هل يمكن قطع أطراف الجانى قصاصاً	٣١٦
٢٤٨	تكرر أفعال الجانى	٣١٨
٢٥٠	التداخل	٣١٩
٢٥٢	السراية	٣٢٠
٢٥٢	السراية إلى النفس من فعل محرم	٣٢١
٢٥٢	السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذون فيه	٣٢٢
٢٥٣	سراية القود	٣٢٣
٢٥٣	السراية إلى مادون النفس	٣٢٤
٢٥٤	السراية لعق	٣٢٥
٢٥٥	السراية لعضو	٣٢٦

سقوط القصاص

٢٥٧	فوات محل القصاص	٣٢٨
٢٥٨	العفو	٣٢٩
٢٥٩	من يملك العفو	٣٣٠
٢٥٩	الصلح	٣٣٢

العقوبات الأصلية الثانية

٢٦٠

الحرر

العقوبات البدنية

٢٦١	أولاً - الدية	
٢٦١	والأرض على نوعين	٣٣٨
	ما تجب فيه الدية الكاملة	٣٤٠
٢٦٣	الأنف	٣٤٢
٢٦٣	اللسان	٣٤٣
٢٦٤	الذكر	٣٤٤
٢٦٤	الصلب	٣٤٥
٢٦٥	مسلك البول ومسلك الفائط	٣٤٦
٢٦٥	الجلد	٣٤٧
٢٦٦	شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين	٣٤٨
٢٦٦	اليدين	٣٤٩
٢٦٧	الرجلان	٣٥٠
٢٦٨	العينان	٣٥١
٢٦٨	الأذنان	٣٥٢
٢٦٩	الشفقتان	٣٥٣
٢٦٩	الحاجبتان	٣٥٤
٢٦٩	التدبيان والجلتان	٣٥٥
٢٧٠	الأثنيان	٣٥٦
٢٧١	الشفران	٣٥٧
٢٧١	الإليتان	٣٥٨
٢٧١	الحيان	٣٥٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٧١	أشجار الصين ٣٦٠
٢٧٢	أهداب العين ٣٦١
٢٧٢	أصابع اليدين وأصابع الرجلين ٣٦٢
٢٧٢	الأسنان ٣٦٣
٢٧٤	إذهاب المعاني ٣٦٤
٢٧٥	١ - السمع ٣٦٥
٢٧٥	٢ - البصر ٣٦٦
٢٧٥	٣ - الشم ٣٦٧
٢٧٥	٤ - الذوق ٣٦٨
٢٧٦	٥ - الكلام ٣٦٩
٢٧٦	٦ - العقل ٣٧٠
٢٧٧	الشي والجماع ٣٧١
٢٧٧	الصغر ٣٧٢
٢٧٩	معاني أخرى ٣٧٣
٢٧٩	ما يجب في قوات مضم المعنى ٣٧٥
	ما يجب فيه أرش مقدر
٢٧٩	الأطراف التي لها أرش مقدر ٣٧٦
	أرش الشجراج
٢٨١	الارضعة ٣٧٧
٢٨٢	المائة ٣٧٩
٢٨٢	النقطة ٣٨٠
٢٨٢	الآلة ٣٨١
٢٨٣	العامضة ٣٨٢

أرش الجراح

هل تساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التكافؤ

٢٨٤	دية الأنثى فيما دون النفس	٣٨٤
٢٨٥	الأرش غير المقدر أو الحكومة	٣٨٥
٢٨٧	تغليظ الدية	٣٨٨
٢٨٨	من يحمل الدية في العمد	٣٨٩
٢٨٨	هل تجب الدية حالة	٣٩٠
٢٨٨	التداخل في الديات	٣٩١

العقوبات البديلة الثانية

التعزير

٢٩٠	عقوبة الجناية على مادون النفس خطأ
-----	-----------------------------------

الفصل الثالث

الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه

٢٩٢	أى الجناية على الجنين أو الإجهاض	
٢٩٣	ما يجهض الحامل	٣٩٧
٢٩٤	انقصال الجنين	٣٩٩
٢٩٧	قصد الجاني	٤٠٨
٢٩٨	العقوبات المقررة للعناية على الجنين	٤١٢
٢٩٩	أولاً - انقصال الجنين عن أمه ميتاً	٤١٣
٣٠٠	ثانياً - انقصال الجنين عن أمه حياً وموته	٤١٥

بسبب الفعل

٣٠١	ثالثاً — انفصال الجنين عن أمه حياً ولم يمت	٤١٦
٣٠١	رابعاً — انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله	٤١٧
٣٠١	خامساً — أن يترتب على الجناية إيداء الأم أو جرحها أو موتها	٤١٨
٣٠٢	الكفارة	٤١٩
	إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين	
٣٠٣	الإقرار	٤٢١
٣٠٥	إقرار زائل الفعل	٤٢٥
٣٠٦	إقرار المكره	٤٢٧
٣٠٨	شروط الإكراه	
٣١١	حكم إقرار المكره	٤٣٤
٣١٢	الإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل	٤٣٥
٣١٤	رجوع القر عن إقراره .	٤٣٨

الشهادة

٣١٥	الجرائم التي توجب عقوبة بدنية	٤٤٠
٣١٧	الجرائم التي توجب تعزيراً بدنياً	٤٤٢
٣١٨	إثبات الجرائم الملوحة لعقوبة مالية	٤٤٥

القصاص

٣٢١	معنى القسامة	٤٤٠
٣٢٤	اختلاف الفقهاء في شرعية القسامة	٤٥١
٣٢٧	لماذا شرعت القسامة	٤٥٤
٣٢٨	هل شرعت القسامة للآليات أم للنفي	٤٥٦

٣٢٩	الجرائم التي تجرم فيها القسامة	٤٥٧
٣٣٣	كيفية القسامة	٤٦٢
٣٣٤	من يدخل القسامة	٤٦٣
	شروط القسامة	٤٦٩

الضرائع

٣٤٢	النكول عن اليمين وردها	
٣٤٣	مسائل عامة عن الحدود	
٣٤٣	تعريف الحد	٤٧٧
٣٤٣	الحد والجناية	٤٧٨
٣٤٥	جرائم الحدود	٤٧٩

الكتاب الأول

في الزنا

٣٤٦	الزنا في الشريعة والقانون	٤٨٠
٣٤٧	أساس عقوبة الزنا في الشريعة والقانون	٤٨١
٣٤٧	الواقع يشهد للشريعة	٤٨٢

الفصل الأول

في أركان جريمة الزنا

٣٤٩	تعريف الزنا	٤٨٣
٣٤٩	أركان جريمة الزنا	٤٨٤
	الركن الأول : الوطء المحرم	
٣٥٠	الوطء المعتبر زنا	٤٨٥
٣٥٢	الوطء في الدبر	٤٨٦
٣٥٣	وطء الزوجة في دبرها	٤٨٧

٣٥٤	وطء الأموات	٤٨٨
٣٥٥	وطء البهائم	٤٨٩
٣٥٦	وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية	٤٩٠
٣٥٧	وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة	٤٩١
٣٥٩	الوطء بشبهة	٤٩٢
	وطء المحارم	٤٩٣
٣٦٣	الوطء في نكاح باطل	٤٩٤
٣٦٤	الوطء في نكاح مختلف عليه	٤٩٥
٣٦٤	الوطء بالإكراه	٤٩٦
٣٦٦	الخطأ في الوطء	٤٩٧
٤٦٧	الرضاء بالوطء	٤٩٨
٤٦٧	الزواج اللاحق	٤٩٩
٣٦٨	وطء من وجب عليها القصاص	٥٠٠
٣٦٨	للمسابقة	٥٠١
٣٦٩	الاستثناء	٥٠٢
٣٧٠	العجز عن ادعاء الشبهة	٥٠٣
٣٧١	إنكار أحد الزانين	٥٠٤
٣٧٢	ادعاء أحد الطرفين الزوجية	٥٠٥
٣٧٣	بقاء البكارة	٥٠٦
	تمعد الوطء	

الركن الثاني

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٣٥٤	وطء الأموات	٤٨٨
٣٥٥	وطء البهائم	٤٨٩
٣٥٦	وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية	٤٩٠
٣٥٧	وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة	٤٩١
٣٥٩	الوطء بشبهة	٤٩٢
	وطء المحارم	٤٩٣
٣٦٣	الوطء في نكاح باطل	٤٩٤
٣٦٤	الوطء في نكاح مختلف عليه	٤٩٥
٣٦٤	الوطء بالإكراه	٤٩٦
٣٦٦	الخطأ في الوطء	٤٩٧
٤٦٧	الرضاء بالوطء	٤٩٨
٤٦٧	الزواج اللاحق	٤٩٩
٣٦٨	وطء من وجب عليها القصاص	٥٠٠
٣٦٨	للساحقة	٥٠١
٣٦٩	الاستثناء	٥٠٢
٣٧٠	العجز عن ادعاء الشبهة	٥٠٣
٣٧١	إنكار أحد الزانين	٥٠٤
٣٧٢	ادعاء أحد الطرفين الزوجية	٥٠٥
٣٧٣	بقاء البسكرة	٥٠٦
	تعمد الوطء	

الركن الثاني

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

المبحث الأول : في الشهادة

٣٩٥	عدد شهود الزنا	٥٢٧
٣٩٦	الشروط العامة للشهادة	٥٢٨
٣٩٦	أولاً - البلوغ	٥٢٩
٣٩٧	ثانياً - العقل	٥٣٠
٣٩٨	ثالثاً - الحفظ	٥٣١
٣٩٨	رابعاً - الكلام	٥٣٢
٣٩٩	خامساً - الرؤية	٥٣٣
٤٠١	سادساً - العدالة	٥٣٤
٤٠٥	سابعاً - الإسلام	٥٣٥
٤٠٧	ثامناً - انتفاء موانع الشهادة	٥٣٦
٤١٠	الشروط الخاصة للشهادة على الزنا	٥٣٨
٤١٠	أولاً : الذكورة	
٤١١	هل يصح أن يكون الزوج شاهداً	
٤١١	ثانياً : الأنثى	
٤١٥	ثالثاً : أن لا يتقدم الحد	
٤١٧	رابعاً : أن تكون الشهادة في مجلس واحد	
٤١٨	خامساً : أن يكون عدد الشهود أربعة	
٤١٦	شهود الإحصان	
٤٢٧	سادساً : أن يقنع القاضي بشهادة الشهود	
٤٣١	علم القاضي	
	المبحث الثاني الإقرار	
٤٣٥	إقرار زائل العقل	٥٣٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤٣٦	٥٤٠	إقرار الناظم
٤٣٦	٥٤١	أثر التقادم على الإقرار
٥٣٧	٥٤٢	التحايل على الإقرار
٤٣٨	٥٤٣	الإقرار في مجلس القضاء
٤٣٨	٥٤٤	الرجوع عن الإقرار
٤٤٠	٥٤٥	القرائن
٤٤١	٥٤٦	اللعان

تنفيذ العقوبة

٢٤١	٥٤٧	مقدار الحد
		مقارنة بين الشريعة والقانون على الأدلة على الزنا
٤٤٢	٥٤٨	التكليف الشرعى لحد الزنا
٤٤٢	٥٤٩	تعدد العقوبات
٤٤٢		الداخل
٤٤٣		الجب
٤٤٤	٥٥٠	من الذى يقيم الحد
٤٤٥	٥٥١	علانية التنفيذ
٤٤٥	٥٥٢	كيفية التنفيذ فى الرجم
٤٤٨	٥٥٣	كيفية التنفيذ فى الجلد
٤٥٠	٥٥٤	التنفيذ على الحامل
٤٥٢	٥٥٥	التنفيذ على المريض
٤٥٢		المريض الذى يرجى شفاؤه
٤٥٣		المريض الذى لا يرجى شفاؤه

موانع التنفيذ

٥٥٦	يتمتع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به	٤٥٤
	ومسقطات الحد	

الكتاب الثاني

القذف

٥٥٧	تعريف القذف —	٤٥٥
٥٥٨	قاعدة الشريعة في إثبات القذف والسب	٤٥٥
٥٥٩	بين الشريعة والقانون	٤٥٦
٥٦٠	النصوص الواردة في القذف	٤٦١
	المبحث الأول : أركان جريمة القذف	
	الركن الأول : الرمي بالزنا أو نفي النسب	٤٦٣
	الركن الثاني : إحصان المقذوف	٤٧٣
	الركن الثالث : القصد الجنائي	٤٧٧
	هل تشترط العلانية في القذف	٤٧٨
	المبحث الثاني : في دعوى القذف	٤٨٠
٥٦٧	من يملك الخصومة	٤٨٠
٥٦٨	بين الشريعة والقانون	٤٨٣
٥٦٩	هل حد القذف حق لله أم حق للعبيد	٤٨٤
	المبحث الثالث : في الأدلة على القذف	
	يثبت القذف بالطرق الآتية	
٥٧١	أولا — الشهادة	٤٨٨
٥٧٢	ثانيا — الإقرار	٤٨٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤٩٠	٥٧٣	ثالثا - الممين
		المبحث الرابع : عقوبة القذف
٤٩١	٥٧٤	للقذف عقوبتان
٤٩١		عقوبة الجلد
٤٩١		عدم قبول الشهادة
٤٩٢	٥٧٥	تعدد العقوبات
٤٩٢	٥٧٦	تداخل عقوبات القذف
٤٩٤	٥٧٧	هل تدخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى
٤٩٥	٥٧٨	مסקطات العقوبة

الكتاب الثالث

في الشرب

٤٩٦	٥٧٩	تحريم الشرب
٤٩٨	٥٨٠	النصوص الخاصة بالخمر
٤٩٨	٥٨١	معنى الشرب عند الفقهاء
		المبحث الأول : في أركان الجريمة
	٥٨٢	الركن الأول :
٥٠١		الشرب
٥٠٤	٥٨٣	السكر
٥٠٥		الركن الثاني : القصد الجنائي
٥٠٥		عقوبة الشرب
٥٠٧	٥٨٦	التداخل
٥٠٨	٥٨٧	كيفية تنفيذ الجلد
		المبحث الثاني : الأدلة على الشرب

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٥٠٩	أولاً - شهادة الشهود ٥٨٨
٥١٠	ثانياً - الإقرار ٥٨٩
٥١١	الرأحة ٥٩٠
٥١١	المسكر ٥٩١
٥١٢	القيء ٥٩٢
٥١٣	هل يقضى القاضى بعله ٥٩٣
٥١٣	امتناع التنفيذ ٥٩٤

الكتاب الرابع

المزقة

٥١٤	أنواع المزقة ٥٩٥
٥١٥	المزقة المعاقب عليها بالتعزير ٥٩٦
	المبحث الأول : في أركان المزقة
٥١٨	الركن الأول : الأخذ خفية
٥٢٦	نظرية الهتك المكامل ٥٩٩
٥٢٦	تعدد الجناة ٦٠٠
٥٣١	التعاون على الإخراج ٦٠١
٥٣٦	الأخذ بالتسبب ٦٠٢
٥٣٨	التسليم بنفى الأخذ خفية ٦٠٣
٥٤٢	الركن الثانى : أن يكون المأخوذ مالا
٥٤٣	أولاً - أن يكون مالا منقولاً ٦٠٦
٥٤٤	ثانياً - أن يكون مالا متقوماً ٦٠٧
٥٤٤	ثالثاً - أن يكون المال محرراً ٦٠٨

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٥٥٥	٦٠٩ ١ - حرز بالمكان وحرز بنفسه
٥٥٦	٦١٠ ٢ - حرز بالحافظ أو حرز بغيره
٥٧٦	٦١١ السرقات من الأقارب
٥٨٠	٦١٢ رابعاً : أن يبلغ المال المسروق نصيباً
٥٨٨	الركن الثالث : أن يكون مملوكاً للغير
٥٩٤	سرقه مال المدين
٦٠٢	سرقه الكفن
٦٠٤	الأشياء المباعة
٦٠٤	الأشياء المتروكة
٦٠٤	اللقطة
٦٠٦	٦١٥ الركاز والمكتر
٦٠٨	الركن الرابع : القصد الجنائي
٦١٠	٦١٧ حقوبة الشريك إذا كان الشريك الآخر لا يقطع
	المبحث الثاني : في أدلة السرقة
٦١١	٦١٨ أولاً - البينة
٦١٤	من يملك الخصومة
٦١٥	٦١٩ ثانياً - الإقرار
٦١٧	٦٢٠ ثانياً - اليمين
	المبحث الثالث : فيما يترتب على ثبوت السرقة
٦١٨	٦٢١ أولاً - الضمان
٦٢١	٦٢٢ ثانياً - القسط
٦٢٢	٦٢٣ محل القسط
٦٢٨	٦٢٤ موضع القسط

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٢٨	٦٢٥ التداخل
٦٢٩	٦٢٦ من الذي يقيم الحد
٦٢٩	٦٢٧ تعليق اليد بعد قطعها
٦٢٩	٦٢٨ مسقطات القطع
٦٣٥	٦٣٠ الشروع في السرقة
٣٣٦	٦٣١ متى يعتبر الفعل شروعا في الجريمة

الكتاب الخامس

الحراية

٦٣٨	٦٣٢ تعريف :
٦٣٨	٦٣٣ مقارنة بين السرقة والحراية
٦٤١	٦٣٤ ممن تحدث الحراية
٦٤٤	٦٣٥ مكان القطع
٦٤٥	٦٣٦ المقطوع عليه
٦٤٦	٦٣٧ الأدلة على جريمة الحراية
٦٤٧	٦٣٨ عقوبة الحراية
٦٤٨	٦٣٩ إخافة السبيل لا غير
٦٥٠	٦٤٠ أخذ المال لا غير
٦٥٢	٦٤١ القتل لا غير
٦٥٢	٦٤٢ القتل وأخذ المال
٦٥٣	٦٤٣ كيفية الصلب
٦٥٤	٦٤٤ مدة الصلب
٦٥٥	٦٤٥ حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٥٥	٦٤٦ هل يقتص من قاتل المحارب أو قاطعه
٦٥٧	٦٤٧ هل يشترط في القتل من المحارب أن يكون عمداً
٦٥٨	٦٤٨ حكم الجراح التي يحدثها المحارب
٦٥٩	٦٤٩ الحد والضمان
٦٥٩	٦٥٠ التداخل
٦٥٩	٦٥١ مستقطات الحد
٦٦٣	٦٥٢ حق الله وحق الفرد في عقوبة القتل
٦٦٤	٦٥٣ عدم وجوب الحد المانع
٦٦٥	٦٥٤ حكم سقوط الحد بعد وجوبه
٦٦٦	٦٥٥ هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية
٦٦٨	٦٥٦ هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية
٦٦٩	٦٥٧ مسؤولية المحارب إذا كان صبيّاً أو فاقد العقل
٦٧٠	٦٥٨ حكم المال المأخوذ حراًبة

الكتاب السادس

البغي

٦٧١	٦٥٩ النصوص الواردة في البغي
٦٧٣	٦٦٠ تعريف البغي
٦٧٤	٦٦١ أركان البغي
٦٧٥	٦٦٢ الركن الأول : الخروج على الإمام
٦٨٧	٦٦٣ الركن الثاني : أن يكون الخروج مغالبة
٦٩٧	٦٦٤ الركن الثالث : القصد الجنائي (قصد البغي)
٦٩٧	٦٦٥ مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٩٧	٦٦٦ مسؤولية الباغي قبل المغالبة وبعدها
٦٩٨	٦٦٧ مسؤولية الباغي أثناء المغالبة
٦٩٩	٦٦٨ مسؤولية الباغي المدنية
٧٠٢	٦٦٩ الاستعانة بالذميين
٧٠٤	٦٧٠ الاستعانة بأهل الحرب

الكتاب السابع

الردة

٧٠٦	٦٧١ النصوص الواردة في الردة
٧٠٦	٦٧٢ تعريف الردة
٧٠٧	٦٧٣ أركان الردة
٧٠٧	٦٧٤ الركن الأول : الرجوع عن الإسلام
٧١٣	٦٧٥ ردة المجنون وإسلام من في حكمه
٧١٤	٦٧٦ ردة السكران وإسلامه
٧١٥	٦٧٧ ردة الصبي وإسلامه
٧١٨	٦٧٨ ردة المكره وإسلامه
٧١٩	٦٧٩ الركن الثاني : القصد الجنائي
٧٢٠	٦٨٠ عقوبات الردة
٧٢٠	٦٨١ أولا - العقوبة الأصلية
٧٢٢	٦٨٢ الاستتابة
٧٢٣	٦٨٣ مدة الاستتابة
٧٢٤	٦٨٤ كيفية التوبة

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٧٢٤	٦٨٥ من لا يستتاب
٧٢٧	٦٨٦ ما يترتب على التوبة
٧٢٧	٦٨٧ ثانياً - العقوبة البدلية
٧٢٨	٦٨٨ ثالثاً - العقوبة التبعية
٧٢٨	٦٨٩ ١ - مصادرة مال المرتد
٧٣٠	٢ - نقص أهلية المرتد